Die emtio spei

nach römischem Rechte und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Albert Kuchenbaecker
aus Adlig Rehwalde
Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Briesen.

...GAD.
...LIOTHEK
...BEL.

Approbiert am 18. Oktober 1906.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1907.

14

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder.

Meiner lieben Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0009

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitende Bemerkungen 1

I. Hauptteil.

Die emtio spei nach römischem Rechte.

1. Abschnitt.

Das Wesen der emtio spei.

1. Kapitel.

§ 2. Erscheinungsformen der emtio spei nach den in den Quellen mitgeteilten Beispielen 2

2. Kapitel.

Die gemeinschaftlichen Begriffsmerkmale der Quellenbeispiele.

§ 3. Allgemeines 4
§ 4. Der Vertragsgegenstand 4
§ 5. Das Pretium 13
§ 6. Die Einigung der Parteien 14

3. Kapitel.

§ 7. Die emptio spei in ihrem Verhältnisse zur emtio rei speratae . 15

4. Kapitel.

§ 8. Definition der emtio spei 17

2. Abschnitt.

Die Rechtsfolgen der emtio spei.

1. Kapitel.

§ 9. Allgemeines 17
§ 10. Die Bedeutung des Satzes: Periculum est emtoris für die emtio spei 18

2. Kapitel.

Die Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers.

§ 11. Die Verpflichtungen des Verkäufers 19
§ 12. Die Verpflichtungen des Käufers 23

3. Kapitel.

Rechtsfolgen, in denen Abweichungen der emtio spei von dem gewöhnlichen Kaufvertrage, die sich aus der Eigenart des Kaufgegenstandes erklären, am deutlichsten hervortreten.

§ 13. Allgemeines 25
§ 14. Wegfall der Eviktionshaftung des Verkäufers 25
§ 15. Ausschluß der ädilizischen Klagen 26
§ 16. Wegfall des Anfechtungsrechtes wegen laesio enormis 27

Seite

3. Abschnitt.

Geschichtliches.

§ 17. Die Entwickelung der emtio spei im römischen Rechte 28

Anhang zum 3. Abschnitt.

§ 18. Die emtio spei in der Doktrin des 19. Jahrhunderts und in der neueren Gesetzgebung bis zur Entstehung des BGB. 30

II. Hauptteil.

Die emtio spei nach dem BGB.

1. Abschnitt.

§ 19. Die Stellungnahme des BGB. zur emtio spei überhaupt . . . 32

2. Abschnitt.

§ 20. Das Wesen der emtio spei 33

3. Abschnitt.

Die Rechtsfolgen der emtio spei.

1. Kapitel.

§ 21. Der Gefahrübergang bei der emtio spei 37

2. Kapitel.

Die Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers.

§ 22. Die Verpflichtungen des Verkäufers 40
§ 23. Die Verpflichtungen des Käufers 44

3. Kapitel.

§ 24. Ausschluß der Haftung des Verkäufers für Entwehrung und für Mängel der gewonnenen Dinge 46

4. Abschnitt.

§ 25. Verhältnis der emptio spei zum Spiel 47

5. Abschnitt.

Beispiele für die emtio spei im heutigen Verkehrsleben.

§ 26. Im Allgemeinen 49
§ 27. Das Lotterie- und Ausspielgeschäft und das Heuer- oder Promessengeschäft als Erscheinungsformen der emtio spei . . 51
Nachwort 54

Literaturverzeichnis.

Archiv für Bürgerliches Recht, herausgeg. von Kohler, Ring, Oertmann Bd. 26.

Baron, Zur Begriffsbestimmung des Lieferungsvertrages nach gemeinem und preußischem Recht. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des preußischen Rechts 2. Jahrg. 1858.

Baron, Pandekten. 1872.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Rechte. 1. Teil 1876. 2. Teil 1884. 3. Teil 1905.

Braun, Finden die Grundsätze des Kaufs auf die emtio spei Anwendung? Diss. Erlangen. 1896.

Brinz, Pandekten Bd. 2. 2. Aufl. 1879.

Brunabend, Ein Beitrag zur Lotterie. Diss. 1899.

Cohn, Die Lotterie- und Ausspielgeschäfte. Im Handbuch des deutschen Handels- See- und Wechselrechts, herausgeg. von W. Endemann Bd. 3. 1885.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1. 3. Aufl. 1900.

Cramer, Les cinq codes.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2. 1902.

Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 2. 4. Aufl. 1889.

Dernburg, Pandekten Bd. 2. 6. Aufl. 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2 Abt. 1. 3. Aufl. 1905. Bd. 2 Abt. 2. 3. Aufl. 1906.

Eck, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1. u. 2. Aufl. 1903.

Elster, Über den Begriff und die systematische Stellung der Spielverträge. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26 Nr. 3. 1905.

Enzyklopädie der Rechtswissenschaft begr. von Holtzendorff, herausgeg. von Kohler Bd. 1. 6. Aufl. 1904.

Endemann, Fr. Beiträge zur Geschichte der Lotterie und zum heutigen Lotterierechte. Diss. 1882.

Endemann, Die Lehre von der emtio rei speratae und emtio spei und deren Bedeutung für das heutige Recht. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 12 S. 345 ff. 1885. S. Anm. am Schlusse dieses Verzeichnisses.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1. 8. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht Bd. 1. 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 6, 14, 18, 30.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 6. Aufl. 1904.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht Bd. 2. 6. Aufl. 1892.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. 1899.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich Bd. 2. 6. u. 7. Aufl. 1904.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld 4. Teil. 1796.

Goose, Zur Lehre vom casus. In Jherings Jahrb. Bd. 9. 1868.

Gruchot, Glossen zum Allgem. Landrecht. In seinen Beiträgen zur Erläuterung des preuß. Rechts 12. Jahrg. 1868.
Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung. Abt. 1. 1880.
v. Herzfeld, Das österr. allgem. Bürgerliche Gesetzbuch.
Hofmann, Ueber das Periculum beim Kaufe. 1870.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2. 1901.
Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und preuß. Recht. Bd. 3. 1859.
Koch, Allgemeines Landrecht für die preuß. Staaten. Bd. 1. 7. Ausg. 1878.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesesetzgebung und Rechtswissenschaft. Herausg. von Bechmann und Seydel Bd. 40. 1898.
Lange, Die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäfte. 1818.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1900.
Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Heft 1. Erörterungen über die Regel: Commodum eius esse debet, cuius periculum est. 1859.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 2. 1888.
Mühlenbruch, Doctrina Pandectarum. Bd. 2. 1831.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 1. und 2 Aufl. 1900.
Pöschmann, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen. Bd. 2. 2. Aufl. 1869.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2.
Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht. Bd. 2. 2. Aufl. 1849.
Puchta, Pandekten. 12. Aufl. 1877.
Rehbein-Reincke, Allgemeines Landrecht für die preuß. Staaten. Bd. 1. 3. Aufl. 1885.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. 1904.
Seuffert, Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 48. 1893.
Seuffert, L., Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 2. 8. Aufl. 1903.
v. Sobbe, Die emtio rei speratae, ihr Wesen und ihre Wirkungen. Diss. 1899.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Neu bearbeitet von Lehmann. Bd. 3. 3. Aufl. 1898.
Treitschke, Der Kaufkontrakt. 1838.
Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Herausg. von Huschke. Bd. 2. 1840.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 7. Aufl. 1876.
Wilda, Die Wetten. In der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, herausg. von Reyscher und Wilda. Bd. 8. 1843.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bearb. von Kipp. Bd. 1. u. 2. 8. Aufl. 1900.

Wo Endemann ohne weiteren Zusatz zitiert wird, ist die Abhandlung gemeint: Die Lehre von der emtio rei speratae und emtio spei und deren Bedeutung für das heutige Recht. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 12. S. 345 ff. 1885.

§ 1.

Einleitende Bemerkungen.

In den Aussprüchen der römischen Juristen findet sich — soweit abzusehen und in gleichem Sinne gebrauchte Umschreibungen zunächst unberücksichtigt gelassen werden — einmal der Ausdruck ‚spei emtio'; ihm entspricht unsere deutsche Bezeichnung ‚Hoffnungskauf'. Angesichts eines so spärlichen Quellenmaterials ist es natürlich, daß die Meinungen über die Bedeutung dieser Worte um so mannigfaltiger sind.

Ermöglicht schon das Fehlen einer ausgiebigen unzweifelhaften gesetzlichen Normierung die verschiedenartigsten Auffassungen über dieses Rechtsinstitut, so werden hier die Bestrebungen des einzelnen, Pfadsucherdienste zu leisten, ganz besonders durch zwei Umstände gezeitigt und in hohem Maße gefördert: Gezeitigt durch das Bewußtsein, ein rechtliches Gebilde, das durch seine Bezeichnung ‚emtio' seine Zugehörigkeit zu jenem im täglichen Leben der Menschen wichtigsten Vertrage, dem Kaufe, verrät, nicht unbeachtet lassen zu dürfen, gefördert, ja geradezu angereizt durch den anderen Bestandteil der Wortverbindung, die ‚spes'. Denn was kann der spekulative Geist sich nicht alles unter ‚spes' vorstellen! Welch weites Feld für die kasuistische Manier der mittelalterlichen Juristen! Angesichts alles dessen kann es uns nicht Wunder nehmen, daß die Ansichten über die emtio spei sehr verschieden, ihre rechtliche Natur und ihre Rechtswirkungen bestritten sind. Man hat die ‚spes' für einen im Rechtsleben irrelevanten seelischen Affekt erklärt, andere haben sogar die ‚emtio' geleugnet und eine besondere Vertragsart von zweifelhafter Existenzberechtigung schaffen zu müssen geglaubt.

Im folgenden soll es nun unser Ziel sein, zu einigermaßen brauchbaren Resultaten zu gelangen; den vielhundertjährigen Streit über die emtio spei restlos lösen zu wollen, wäre ein zu kühnes Unterfangen.

I. Hauptteil.
Die emtio spei nach römischem Rechte.

1. Abschnitt.
Das Wesen der emtio spei.

1. Kapitel.

§ 2.

Erscheinungsformen der emtio spei nach den in den Quellen mitgeteilten Beispielen.

In der Meinung, auf diesem Wege am besten zu einiger Klarheit zu gelangen, wollen wir zunächst kurz auf die einzelnen für unsere Untersuchung in Betracht kommenden Quellenstellen eingehen, um dann aus den von den römischen Juristen mitgeteilten Beispielen den Begriff der emtio spei herauszuschälen.

Ihre maßgebliche Behandlung findet die emtio spei in l. 8 § 1 D. de C. E. 18, 1[1]). Pomponius geht von dem selbstverständlichen Satze aus: Kein Kauf ohne Kaufobjekt. Dies ist m. E. der ebenso klare wie einzige Sinn des Gesetzes, und es kann nicht als zulässig erachtet werden, hier dem Worte ‚res' schon irgend welche qualifizierte Bedeutung beizulegen[2]). Dem widerspricht die markante Stellung dieses Satzes, den der Jurist als unantastbare Wahrheit seiner Ausführung voranschickt. ‚Res' kann hier nur im weitesten Sinne zu verstehen sein. Nachdem Pomponius dann zunächst etwaige Bedenken zerstreut hat, die sich möglicherweise bei dem Kaufe von ‚fructus' und ‚partus futuri'

---

[1]) Das wegen der engen Zusammengehörigkeit zur Auslegung des § 1 notwendigerweise heranzuziehende Prinzipium dieser Stelle, welches von der emtio rei speratae handelt, auf die später eingegangen werden muß (§ 7 S. 15ff.), sei schon hier mit angeführt: Pomponius libro nono ad Sabinum. Nec emtio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor ne nascatur aut fiant, ex emto agi posse. § 1. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur, quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emtio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emtio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex emto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.

[2]) wie Endemann (vgl. Anm. am Schlusse des Literaturverzeichnisses) es durch seine Wiedergabe „existenter Kaufgegenstand" tut. S. 348.

bezüglich des Kaufobjekts erheben könnten, lehrt er, daß bisweilen sogar ‚sine re' ein gültiger Kaufkontrakt geschlossen werden könne. ‚Res' hier wieder in der Bedeutung Kaufgegenstand schlechthin annehmen, hieße den Juristen nach dem Eingangs Gesagten einer auffälligen Inkonsequenz zeihen, die als Ausnahme von dem Prinzipe gelten zu lassen der Umstand unmöglich macht, daß ein Kauf ohne Objekt selbst in Ausnahmefällen ein Nonsens bleibt. Daher kann der Sinn der ‚venditio sine re' hier nur sein: Kauf ohne ein „greifbares körperliches Objekt."[3]) Worin denn nun der Jurist den Vertragsgegenstand sieht, wird im Zusammenhange weiter unten zu erörtern sein.

Der Inhalt dieser Hauptstelle über die emtio spei ist ungefähr folgender: Bisweilen wird auch bei dem Fehlen eines greifbaren körperlichen Objekts ein Kauf als vorliegend erachtet, wenn nämlich gleichsam die Aussicht auf einen vom Zufalle abhängigen Gewinn, die Chance, gekauft wird. Dies ist der Fall, wenn ein Fischzug oder Vogelfang oder das, was jemand gelegentlich des Auswerfens von Geschenken unter die Leute erhaschen werde, zum Gegenstande eines Kaufs gemacht wird. Die Rechtsgültigkeit eines derartigen Kaufs ist nicht davon abhängig, daß sich ein Gewinn ergibt, denn es liegt ein Hoffnungskauf vor, und wenn die in einem solchen Falle erhaschten Geschenke entwehrt werden sollten so findet keine Eviktionshaftung des Verkäufers statt, weil mit dieser Möglichkeit offenbar gerechnet ist.

Ein weiteres ganz ähnliches Beispiel für die emtio spei teilt uns Ulpian l. 11 § 18 i. f. D. de A. E. V. 19, 1 mit: Einen Kaufvertrag über die Beute einer Treibjagd.

Auf ein ganz anderes Gebiet führt uns l. 11 D. de hered. vel act. vend. 18, 4, in welcher die ‚spes' bei dem Kaufe einer Erbschaft verwendet wird. Zwar ist es für den Regelfall Vertragsvoraussetzung, wie l. 7 eod. ausdrücklich hervorhebt, daß eine Erbschaft vorhanden ist, und ihr Fehlen hat grundsätzlich Nichtigkeit des Geschäfts wegen mangelnden Objekts zur Folge, doch kann nach l. 11 eod. der Käufer das Risiko bezüglich des Bestehens der Erbschaft übernehmen, indem der Vertrag mit der ausdrücklichen Vereinbarung abgeschlossen wird: ‚Si qua sit hereditas, est tibi emta.' In solchem Falle ist dann ‚quasi spes hereditatis' zum Gegenstande des Kaufs gemacht. Auch diese Stelle bietet uns ein Beispiel für eine wahre emtio spei.[4])

---

[3]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 256 Note 14. (6. Aufl.)

[4]) und enthält nicht nur einen ihr nächstverwandten Fall, wie Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Rechte Teil 2 S. 256 meint.

Denn was steht unserer Annahme entgegen, weist doch Ulpian selbst — von dem dieses Fragment herrührt — durch seinen Zusatz ‚ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus' darauf hin, daß ein echter Hoffnungskauf vorliegt.

Abgesehen von den angeführten Fällen wird der Ausdruck ‚spes' in einem für die vorliegende Untersuchung in Betracht kommenden Sinne in den römischen Quellen noch einigemale gebraucht.[5])

Zweites Kapitel.

Die gemeinschaftlichen Begriffsmerkmale der Quellenbeispiele.

§ 3.

Allgemeines.

Nachdem wir uns im Vorhergehenden einige tatsächliche Erscheinungsformen der emtio spei vor Augen geführt haben, wollen wir nunmehr untersuchen, welche gemeinsamen begrifflichen Merkmale diese in den Quellen als emtiones spei bezeichneten oder als solche charakterisierten Beispiele aufweisen und ob und welchem Vertragstypus die konkreten Tatbestände unterzuordnen sind.

Was der emtio spei ihr besonderes Gepräge verleiht und Bedenken einflößen kann, sie den Regeln des Vertrages zu unterwerfen, auf den ihr Name, ihre Stellung im Gesetze, ihre ganze Struktur hindeutet, ist die Eigentümlichkeit ihres Vertragsgegenstandes. Gelingt es, einwandsfrei darzutun, daß es sich um ein kauffähiges Objekt handelt, so wird leicht der Beweis zu führen sein, daß die anderen wesentlichen gesetzlichen Erfordernisse des Kaufs vorhanden sind, nämlich Preis und Willenseinigung zweier Personen zur Erreichung des von beiden gewollten Rechtserfolges.

§ 4.

Der Vertragsgegenstand.

Wie die Quellen sich hinsichtlich dieses Punktes verhalten, haben wir gesehen. Es ist hiernach mit dem Wesen des Kaufs vereinbar, daß bereits zu einer Zeit, in der sich ein greifbares Äquivalent noch nicht in der Hand des Verkäufers befindet, sondern nur die mehr oder minder vom Zufalle abhängige Aussicht

[5]) § 4 J. de verb. obl. 3, 15; l. 73 § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2; l. 3 C. de donat. 8, 53; vgl. unten § 4 S. 5.

auf einen Ertrag besteht, diese durch ein obligatorisches Band in Beziehung zu einer anderen Person gesetzt wird mit der Wirkung, daß der Vertrag auch im Falle des Ausbleibens reeller Werte seine Gültigkeit behalten soll. Zur Erklärung dieser etwas auffälligen Erscheinung fügt Pomponius hinzu: ‚alea emitur', ... ‚spei emtio es'.[1]) Die Bedeutung dieser Worte ‚alea' und ‚spes' bildet den Hauptgegenstand des Streites über die Rechtsnatur der emtio spei überhaupt und unter denen, die hinsichtlich der Konstruktion zu demselben Resultate gelangen, über die Gestaltung dieses Vertrages im einzelnen.

Unzweifelhaft geben Bezeichnungen wie ‚aleam emere' und ‚spei emtio' zu Bedenken Anlaß, ob diese Ausdrücke buchstäblich zu verstehen sind und damit wirklich gesagt werden soll, daß über einen vom Zufalle abhängigen Gewinn, eine Chance kontrahiert ist, oder ob wir es lediglich mit bildlichen Ausdrücken zu tun haben. Zu der letzteren Ansicht wird man um so mehr neigen, als man sich unter dem Begriffe Hoffnung zunächst seelische Affekte, Regungen des Gefühlslebens vorstellt, die als Gegenstände des rechtsgeschäftlichen Verkehrs gelten zu lassen jedem ohne weiteres der gesunde Menschenversand verbietet. In welchem Sinne die Quellen den Ausdruck ‚spes' verwenden, erhellt sofort aus folgendem: § 4 J. de verb. obl. 3, 15 spricht dem aus einer bedingten Stipulation Berechtigten ‚tantum spes debitum iri' zu und läßt diese auf den Erben übergehen. Diese ‚spes obligationis' soll ferner mit dem Betrage, den sie durch Verkauf erzielen würde, bei Ermittlung der Falcidischen Quart in Anrechnung gebracht werden;[2]) ebenso wird der ‚spes futurae actionis' ein Vermögenswert beigemessen, indem l. 3 C. de donat. 8, 53 anerkennt, daß sie gültig verschenkt werden kann. Hieraus wird klar, daß ‚spes' in unserem Falle nicht in dem vorhin angedeuteten Sinne als Produkt der das menschliche Gefühlsleben beeinflussenden Vorstellungen aufzufassen ist, daß „Hoffnung" hier nicht die allgemeine, mehr auf das Gebiet des Subjektivismus zielende und mit reellen Maßen nicht abzuschätzende Bedeutung hat. Rein wirtschaftlichen Verhältnissen entsprungen, gewinnt die ‚Hoffnung' als Objekt der emtio spei ein mehr wirtschaftliches, auf materiellen Gewinn gerichtetes Aussehen. Auch der Sprachgebrauch trägt dieser Differenzierung Rechnung, indem in derartigen Fällen nicht mehr von ‚Hoffnung' schlechthin, sondern vielfach von Gewinnaussicht, Chance, Erwerbsschance gesprochen wird. Natürlich liegt es

[1]) l. 8 § 1 D. de C. E. 18, 1.
[2]) l. 73 § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2.

uns fern, begriffliche oder auch nur tatsächliche Unterscheidungsmerkmale aufstellen zu wollen, es kommt uns nur darauf an, daß ‚spes' nicht nur Affekt und Regung des Seelenlebens, sondern auch „etwas viel Materielleres"[3] sein kann.[4]

Nur in dem letzteren Sinne können und müssen die betreffenden Quellenstellen verstanden werden. Die Art der Verwendung des Wortes ‚spes' läßt unzweifelhaft erkennen, daß die römischen Juristen mit diesem Begriffe nicht eine vage, jedes reellen Inhalts bare Vorstellung verbinden, sondern daß sie damit eine begründete Gewinsthoffnung bezeichnen. Diese Auffassung vermittelt die Erkenntnis des Wesens des Hoffnungskaufs; denn die Inhaltlosigkeit der ‚spes' und die dadurch bedingte Unmöglichkeit ihrer Verwendung im Rechtsverkehr sind die hauptsächlichsten Argumente der Gegner der herrschenden Lehre, welche in der emtio spei einen Kaufvertrag mit der ‚spes' (= alea) als Objekt sieht. Die gegenteilige Ansicht, die im einzelnen wieder verschiedene Variationen aufweist, sucht die Haltlosigkeit dieser Konstruktion durch den Nachweis darzutun, daß die Hoffnung kein kauffähiger Gegenstand sei, indem sie bestreitet, was nie behauptet worden ist, daß Affekte im Wege des Rechtsgeschäfts übertragen werden könnten.

Angesichts der auch hier gegebenen, durch die Quellen selbst gebotenen Erklärung besteht kein Bedenken, die gemeine Meinung als die allein zutreffende anzusehen. Außer zahlreichen mittelalterlichen Monographieen,[5] die sich im Sinne der herrschenden Lehre erklären, spricht sich auch Glück[6] dahin aus, daß die ‚conventio spei simplicis' — wie er die emtio spei auch nennt — die „bloße Hoffnung eines ungewissen Gewinns" zum Gegenstande habe.[7] Die nämliche Ansicht, nach welcher die

---

[3] Braun, Finden die Grundsätze des Kaufs auf die emtio spei Anwendung? S. 15.

[4] „Nicht die subjektive Hoffnung . . ., sondern die objektiv vorhandene, für den feinfühligen Verkehr vielfach sehr sicher abschätzbare Gewinnchance"; Oertmann, Das Recht des Schuldverh., Vorbem. z. § 433 Ziff. 1 b (2. Aufl.).

[5] vgl. Endemann S. 383; Braun S. 10, 11.

[6] Ausführl. Erläuterungen d. Pand. Teil 4 S. 192.

[7] Sollten Glücks weitere Ausführungen (S. 192), insbes. der Satz: „Der Vertrag kann entweder solche ungewissen Dinge zum Gegenstande haben . . ." in anderem Sinne gedeutet werden, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Bezugnahme auf die „ungewissen Dinge" nur die Abgrenzung der emtio spei von der im unmittelbaren Anschluß daran definierten emtio rei speratae bezweckt. Bei dieser Gelegenheit mag gleichzeitig auf eine Eigentümlichkeit des Sprachgebrauchs überhaupt hingewiesen werden. Ganz abgesehen davon, daß, wie Braun S. 13 bemerkt, „in neunundneunzig von hundert Fällen der Verkäufer nicht ausdrücklich die Hoffnung auf die

Chance Kaufobjekt ist, vertreten u. a. auch Baron,[8]) Dernburg,[9]) Goose,[10]) Karlowa,[11]) Koch[12]) Puchta,[13]) Unterholzner.[14])

Der herrschenden Lehre hat es nicht an Gegnern gefehlt. Außer älteren Vertretern einer abweichenden Auffassung[15]) haben insbesondere im letzten Viertel des vorigen Jahrhunderts einige Rechtsgelehrte sie heftig bekämpft.

Bechmann kommt in seinem Werke[16]) zu gänzlich anderen Resultaten, auf die im folgenden näher eingegangen werden muß.

Zunächst wendet Bechmann[17]) sich gegen die Auffassung, daß die ‚spes' eine kauffähiges Objekt sei, mit der Begründung, daß Affekte nicht käufliche Güter seien. Daß dieser Vorwurf uns nicht trifft, haben wir bereits gesehen. Nunmehr vor die Notwendigkeit gestellt, ein Kaufobjekt zu schaffen, kommt jener Schriftsteller zu dem Schlusse, „daß auch hier immer ein Objekt, das normalerweise Gegenstand des Kaufs sein könne, im Hintergrunde stehe, und in Wahrheit werde dieses gekauft, Fische, Vögel, wilde Tiere, ausgeworfene Sachen".[18]) Die Unzulässigkeit dieser Annahme, daß der „Hoffnungskauf also kein Kauf mit einem eigentümlichen Objekt, sondern ein eigentümlich qualifizierter Sachenkauf"[18]) sei, zeigt sich aber unzweifelhaft

---

Fische, sondern die Fische zu gewähren verspricht", finden wir sogar bei vielen juristischen Schriftstellern, welche die Chance als in Wahrheit gekauft ansehen, die emtio spei unter den Kauf „zukünftiger Sachen" rubriziert, so z. B. bei Koch, Recht der Forderungen Bd. 3 S. 736, 775 (2. Aufl.); Treitschke, Kaufkontrakt S 16; Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 521. Diese althergebrachte Terminologie läßt sich aus der gemeinschaftlichen Behandlung der emtio rei speratae und emtio spei erklären, indem zur Charakterisierung der letzteren kurz hinzugefügt wird, daß der Kaufpreis auch im Falle des Ausbleibens eines Ertrages gezahlt werden muß. Genau betrachtet handelt es sich bei der emtio spei weder um eine Sache, noch um eine „zukünftige" Sache. Denn einmal bildet die Chance den Gegenstand des Vertrages, und ferner sind die Objekte, vielfach wenigstens, reell vorhanden; die Vögel und Fische, deren Fang erwartet wird, die Missilien existieren gewöhnlich, nur in der Hand des Verkäufers befinden sie sich noch nicht; vgl. auch v. Sobbe, Die emtio rei speratae S. 19 Diss. 1899.

[8]) In Gruchots Beiträgen 2. Jahrg. S. 7 Note 3.
[9]) Pand. Bd. 2 S 256.
[10]) In Jherings Jahrb. Bd. 9 S. 209.
[11]) Röm Rechtsgesch. Bd. 2 S. 615.
[12]) Recht der Forderungen Bd. 3 S. 775.
[13]) Vorlesungen über d. heut. röm. R. Bd. 2 S. 80.
[14]) Lehre d. röm. R. von den Schuldverhältnissen Bd. 2 S. 231.
[15]) vgl. Eudemann S. 410; Braun S. 14.
[16]) Der Kauf nach gem. Rechte Teil 2.
[17]) eod. S. 142.
[18]) eod. S. 142, 143.

bei der Erwägung, daß im Falle eines vollständigen Mißerfolges der angebliche Kaufvertrag über ein Nichts geschlossen wäre. Dies müßte notwendig zur Negation eines Kaufgeschäfts überhaupt führen, da eine ‚emtio venditio' — das Prototyp der gegenseitigen Verträge — bei lediglich einseitiger Verpflichtung ein juristisches Unding ist. Diese Bedenken können natürlich auch Bechmann nicht verborgen bleiben, und er versucht, diese Anomalie unter Heranziehung des Prinzips über die Gefahrtragung zu erklären. Ebenso wie das kaufrechtliche synallagmatische Verhältnis durch die Regeln über das Periculum alteriert werde, könne derselbe Effekt auch durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung herbeigeführt werden; „die emtio spei ist nichts anderes als der Kaufvertrag, bei welchem der Käufer vertragsmäßig die Gefahr der Nichtexistenz des Kaufobjekts übernimmt".[19]) Hierzu ist zu sagen, daß es allerdings mit dem kaufrechtlichen Synallagma vereinbar ist, daß sich auf Grund der Gefahrverteilung eine einseitige Leistungspflicht ergibt, doch kann darin nicht eine Rechtfertigung der von Bechmann vorgeschlagenen Konstruktion der emtio spei erblickt werden, denn wiewohl in bezug auf die Wirkungen äußerlich ähnlich beruht der eventuelle Ausfall des Käufers bei der emtio spei und infolge der Gefahrtragung beim Kaufe überhaupt auf grundverschiedenen Voraussetzungen. Bleibt der Käufer nach dem römischen Satze ‚periculum est emtoris' zur Zahlung des Preises verpflichtet, auch wenn er keinen Entgelt erhält, so ist nicht zu übersehen, daß es sich lediglich um die Gegenseitigkeit hinsichtlich des Vollzugs des Kaufvertrages handelt, die durch diese positive, bezüglich ihrer Begründung streitige Gesetzesvorschrift betroffen wird; im übrigen jedoch bleibt das synallagmatische Verhältnis gewahrt, da bis zum zufälligen Untergange der Kaufsache doch ein Objekt vorhanden war. Bei der emtio spei in dem von Bechmann gewünschten Sinne von Gefahrtragung sprechen, hieße behaupten wollen, daß es in der Macht der Vertragsgenossen liege, auf ein gesetzlich wesentliches Erfordernis, das Kaufobjekt, event. zu verzichten. Ferner stehen auch terminologische Bedenken entgegen. Der Käufer trägt die Gefahr, heißt doch nur, daß er zur Zahlung des Kaufpreises auch bei zufälligem Untergange und bei zufälliger Verschlechterung des Kaufgegenstandes verpflichtet bleibt; Kaufobjekt ist nach Bechmanns eigener Ansicht der eventuelle künftige Ertrag; kann man nun, wenn sich auf Grund der Chance nichts ergibt, von einem „Untergange" des noch gar nicht existent gewordenen Gegenstandes sprechen?[20])

[19]) eod S. 254.

[20]) Gegen diese Beweisführung auch Endemann S. 358, 359.

Wir haben gesehen, daß durch die von Bechmann geltend gemachten Gründe die Behauptung, daß nicht die Chance, sondern die zu gewinnenden Dinge gekauft sind, nicht gerechtfertigt wird. Wenn nun Endemann[21]) sich gleichwohl für dieselbe Ansicht ausspricht, obschon er, wie erwähnt, sich ebenfalls gegen Bechmanns Argumentation entschieden hat, so muß er mit anderen Mitteln seine Meinung darzutun versuchen.

Zur Ablehnung der Lehre, daß die ‚spes' (= alea) Gegenstand das Vertrages sei, gelangt Endemann ebenfalls durch die Erwägung, daß die ‚Hoffnung', ein seelischer Affekt, nicht Äquivalent einer geldwerten Leistung sein könne.[22])

Da insbesondere Endemann und die anderen Gegner[23]) für ihre Ansicht gleichfalls die Quellen anführen, so muß hier nochmals kurz auf diese eingegangen werden.

Weil die Tatsache, daß die ‚spes'(= alea) von den römischen Juristen als Objekt des Vertrages bezeichnet wird,[24]) sich nicht

---

[21]) S. 403.

[22]) „Wenn dennoch die Doktrin sich damit begnügt, als den rechtlichen Inhalt eines Vertrages . . . die Hoffnung hinzustellen: so ist dies eine logisch wie juristisch unzulässige Wortspielerei. Der Jurist soll mit den gegebenen reellen Faktoren des Rechtslebens rechnen und nicht Affekte des Seelenlebens sich als Ware konstruieren" (S. 411). Diese prinzipielle Unzugänglichkeit unserer Gegner für eine Auffassung, die aus den Quellen zu entnehmen und auch auf Grund logischer Erwägungen berechtigt ist, daß nämlich ‚spes' sowohl Affekt wie Gewinnchance bedeuten kann, scheint mir zu einem guten Teil durch das berechtigte Bestreben gezeitigt zu sein, gegen die gedankenlose Nachahmung und kritiklose Hinnahme römischrechtlicher Institute Protest zu erheben. Denn wenn sich z. B. bei Endemann (S. 357) der Satz findet: „Die emtio spei ist nicht über ein Nichts abgeschlossen; denn der Käufer erhält hier immer einen Gegenwert, der ihm vielleicht viel, vielleicht wenig und event. nichts reell bietet, der aber gerade in dieser unsicheren Erwartung eine gewisse Existenz hat", so bedarf es freilich der unmittelbar vorhergehenden „strengen Betonung, daß die spes oder die alea nicht die Objekte des Kaufs sind", um eine Deutung im entgegengesetzten Sinne zu verhindern. Der Vorwurf blinder Nachahmung andererseits kann der gemeinrechtlichen Jurisprudenz gerade bezüglich der emtio spei nicht erspart werden, indem sie vielfach rechtsgeschäftliche Erscheinungsformen des modernen Verkehrs, ohne den sie bedingenden Lebensbedürfnissen Rechnung zu tragen, altrömischen Vertragstypen unterordnete. Diese unbefriedigenden Zustände jener Zeit erklären m. E. zu einem großen Teil die Opposition gegen die herrschende Lehre von der emtio spei, deren unberechtigter Ausdehnung man dadurch, daß man die künftigen Dinge zum Kaufobjekt erklärte, wirksamen Einhalt gebieten wollte.

[23]) Auch Windscheid, der früher auf dem Boden der herrschenden Lehre stand, hat von der 6. Aufl. seines Pandektenrechts ab (2. Bd. S. 474 6. Aufl., S. 586 8. Aufl.) seine Meinung dahin geändert, daß in den Quellen durch Angabe der ‚spes' als Gegenstand des Kaufvertrages nur der wirtschaftliche Gesichtspunkt bezeichnet sei.

[24]) l. 8 § 1 D. de C. E. 18, 1: quasi alea emitur . . . quia spei emtio

leugnen läßt, so berufen sich die Anhänger der gegenteiligen Ansicht darauf, daß dies nur in bildlichem Sinne gemeint sein könne; die Bezeichnungen bezweckten lediglich eine Andeutung des eventuellen Ausfalls des Kaufobjekts.[25]) Für diese Schlußfolgerung könnte allenfalls die Ausdrucksweise ‚quasi alea emitur' und ‚quasi spes hereditatis veneat' geltend gemacht werden, indessen steht demgegenüber, daß die Quellen in den zahlreicheren Fällen nur ‚spem, aleam emere' schlechthin sagen. Vor allem aber widerspricht l. 7 D. 18, 4, in welcher Paulus die ‚alea' in direkten Gegensatz zur ‚res' stellt. Bei dem Erbschaftskaufe sei grundsätzlich objektive Existenz der Erbschaft zu einem gültigen Vertrage erforderlich, ‚nec enim' — fährt der Jurist fort — ‚alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res'. Diese unmittelbare Gegenüberstellung von ‚alea' und ‚res' läßt keinen Zweifel übrig, daß die Quellen die Ausdrücke nicht im bildlichen, sondern im buchstäblichen Sinne gebrauchen, daß mithin eine Chance ganz ebenso Kaufobjekt sein kann wie eine ‚res'.

Diese Auffassung hinsichtlich des Gegenstandes der emtio spei ist aber nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, denn nur so ergibt sich eine mit dem Wesen des Kaufs zu vereinbarende Lösung. Wenn dagegen die Sache, welche gewonnen werden kann, als Objekt angesehen wird, so entstehen sofort unüberwindliche Hindernisse durch den möglichen Ausfall eines Gewinnes. Daß die Eventualität einseitiger Erfüllung nicht aus dem Prinzipe des Periculum gerechtfertigt werden kann, haben wir gesehen (oben S. 8); aber auch Endemanns Erklärungsversuch, daß „der Verkäufer seine Rechtsansprüche der ‚alea' unterworfen habe und diese in ihrem Umfange die sonst geltenden allgemeinen Regeln über die Leistung des Kaufgegenstandes verändere",[26]) scheitert an dem einfachen prinzipalen Satze: Kein Kauf ohne Kaufobjekt, einerlei ob solches von vornherein nicht existiert oder eine zunächst vorhandene Möglichkeit sich in ungünstigem Sinne entschieden hat und nachträglich dem Grundsatze der genetischen Reziprozität von Leistung und Gegenleistung zuwiderläuft. Unrichtig bezüglich der Voraussetzung, konsequent aber in der Schlußfolgerung — die sich unserer Meinung nach jeder zu eigen machen müßte,

---

est; l. 7 D. de hered. vel. act. vend. 18, 4: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res; l. 11 eod: quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus; l. 73 § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2: quanti ea spes obligationis venire possit.

[25]) vgl. Endemann S. 409; Hofmann, Über d. Periculum beim Kaufe S. 108.

[26]) S. 420.

der die Gewinnchance nicht als Kaufobjekt gelten lassen will — ist es, wenn Hofmann,[27]) „weil die Hoffnung doch eine zu luftige Ware ist", zu dem Resultate kommt, daß die emtio spei überhaupt kein Kauf sei, ohne allerdings zu sagen, was dieser aleatorische Vertrag denn sonst seiner juristischen Natur nach sei. Daß durch die Kennzeichnung als aleatorischer Vertrag nicht eine genügende rechtliche Charakterisierung eines Rechtsgeschäfts gegeben ist, bedarf keines Beweises. In der emtio spei aber einen Ankauf gewisser persönlicher Dienste oder Leistungen sehen,[28]) hieße ein nebensächliches Moment zum Charakteristikum eines Geschäfts machen, um es schließlich doch wieder den Rechtsregeln zu unterwerfen, denen das Vertragsverhältnis zu entziehen der Zweck der ganzen Konstruktion war.

Zu dieser sonst kaum vertretenen Ansicht, daß die emtio spei nicht zum Vertragstypus Kauf gehöre, wäre nur noch eine Äußerung Bechmanns[29]) zu erwähnen, indessen läßt schon die Ausdrucksweise — „man könnte auch sagen, die emtio spei sei materiell eine alternative Komplikation von Dienstmiete und Kauf" — und der Umstand, daß auf diese Vertragskoppelung nicht weiter Bezug genommen wird, erkennen, daß hiermit nicht eine juristische, sondern eine mehr wirtschaftliche Eigentümlichkeit ihren Ausdruck finden sollte. Einer solchen Auffassung wäre auch entgegenzuhalten, daß nach den quellenmäßigen Beispielen zwar in den meisten Fällen die Entfaltung einer bestimmten Tätigkeit zur Verpflichtung des Verkäufers gehört, diese aber keineswegs ein Begriffsmerkmal bildet. Dies erhellt aus dem gleichfalls in den Digesten mitgeteilten Beispiele, welches den Kauf einer Erbschaft im Wege der emtio spei behandelt, und wo von einer Tätigkeit zwecks Gewinnung der Erbschaft nicht die Rede sein kann.[30]) Außerdem würde der Annahme eines wenn auch unselbständigen Arbeitsvertrages neben dem Kaufe insbesondere für das römische Recht entgegenstehen, daß jede Verfügungsgewalt über die Dienstleistung des Chancenverkäufers fehlt und Anordnungen oder dergl. seitens des Käufers nicht gegeben werden können.[31]) Wir werden viel-

[27]) S. 108.
[28]) Hofmann eod.
[29]) Teil 2 S. 143.
[30]) vgl. auch Braun S. 25. Ebenso wäre z. B. ein Vertrag des Inhalts, daß dem Käufer gestattet wird, gegen eine Geldleistung selbst einen einmaligen Fischzug in dem Gewässer eines anderen zu veranstalten, seiner rechtlichen Natur nach als emtio spei aufzufassen — wenigstens wenn die Absicht der Parteien nicht auf einen Pachtvertrag gerichtet war; vgl. Treitschke S. 17; Braun S. 24 Note 63.
[31]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 310.

mehr, wenn im übrigen die begrifflichen Voraussetzungen gestatten, die emtio spei als Kauf anzusprechen, hiergegen kein Bedenken zu tragen brauchen und die Verpflichtung des Verkäufers zur Vornahme alles dessen, was zur Realisierung der Chance notwendig ist, als mit der Natur eines bonae fidei-Kontraktes durchaus vereinbar ansehen können.[32])

Wir haben gesehen, daß die durch die Quellen vermittelte Auffassung, die ‚spes' sei tatsächlich ein kauffähiges Objekt, durch die Argumente der Gegner nicht widerlegt werden konnte. Kaum erwähnt zu werden braucht, daß die für den Kaufgegenstand allgemein gültigen Regeln auch auf die Chance entsprechende Anwendung finden. Als solche werden gewöhnlich genannt: Objektive Existenz der ‚res vendita' im Augenblicke des Vertragsschlusses, Verkehrsfähigkeit, endlich, daß nicht ein Kauf der eigenen Sache vorliegen darf, wohingegen der Verkauf fremder Objekte gültig ist. Was das erste Postulat anbetrifft, so entspricht ihm bei der emtio spei, daß bei objektiver Würdigung eine Aussicht auf Gewinn wirklich bestand, anderenfalls wie beim gewöhnlichen Sachenkampfe Nichtigkeit wegen mangelnden Objekts die Folge ist.[33]) Dieselben Modifikationen, die dieser Grundsatz bei dolosem Verhalten eines Kontrahenten im Falle des einfachen Kaufs erleidet, gelten auch für unseren Vertrag: Verschweigt der Verkäufer aus Arglist oder grober Nachlässigkeit, daß die Gewinnaussicht nicht oder nicht mehr realisierbar, z. B. der abzufischende Teich versandet ist, so ist auch dieses Geschäft nichtig,[34]) doch wird man nicht fehlgehen, dem Käufer außerdem ein Recht auf das negative Vertragsinteresse zuzusprechen.[35]) War dagegen dem Käufer, nicht aber dem Verkäufer bekannt, daß die Gewinnaussicht nicht bestand, so bleibt der Käufer trotzdem zur Leistung verpflichtet, da in solchem Falle eine Schenkung im Kaufe versteckt ist.[36])

Das Erfordernis der Verkehrsfähigkeit der ‚res vendita' kann in bezug auf die emtio spei nur die Bedeutung haben,

---

[32]) Ebenso auch Endemann S. 360, 404.

[33]) l. 15 pr. D. de C. E. 18, 1; l. 8 pr. D. h. t.; l. 185 D. de R. J. 50, 17: Impossibilium nulla obligatio est; vgl. auch Windscheid Bd. 2 S. 81 Ziff. 1; v. Vangerow, Pand. Bd. 3 S. 425; Endemann S. 359; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 6 S. 290ff., wonach ein Loskauf, der in der beiderseitigen irrtümlichen Annahme geschlossen wird, daß die Ziehung noch nicht stattgefunden habe, für nichtig erachtet wird. Daß der Kauf eines Lotterieloses ein Hoffnungskauf ist, wird unten (§ 27 S. 51ff.) nachzuweisen sein.

[34]) l. 57 § 1 D. de C. E. 18, 1.

[35]) Derselben Ansicht auch Treitschke S. 42 Note 2 inbesondere unter Hinweisung auf l. 62 § 1 D. h. t.; vgl. auch Braun S. 26.

[36]) vgl. Baron, Pand. S. 585 Ziff. 1.

daß das, was sich auf Grund der ‚alea' ergibt, nicht dieser Eigenschaft ermangeln darf. Ebenso hat das beiderseitige Wissen, daß das erhoffte Gut ‚res furtiva' sei, Nichtigkeit des Vertrages zur Folge.[37]) Die beiden allgemeinen kaufrechtlichen Bestimmungen dagegen, daß ein Kauf der eigenen Sache ungültig,[38]) der Verkauf eines fremden Objektes voll wirksam ist,[39]) gestatten uneingeschränkte Anwendung auf die emtio spei: Der Käufer kann des Kaufs ungeachtet die unentgeltliche Herausgabe des möglicherweise zur Entstehung gelangten Ertrages verlangen und, falls er bereits geleistet hat, den Kaufpreis zurückfordern, wenn die Chance schon ohne den Vertrag zu seinen Gunsten bestand, andererseits ist der Verkäufer verpflichtet, sich in die Lage zu versetzen, die Realisierung der ‚spes' vornehmen zu können, und falls solches unmöglich ist, den Käufer schadlos zu halten.

§ 5.

Das Pretium.

Soll ein Umsatzvertrag als Kauf gelten, so ist notwendig, daß dem Verkäufer als Äquivalent ein Kaufpreis gezahlt wird. Der in den Quellen als ‚pretium'[1]) bezeichneten Leistung die Eigenschaft des Kaufpreises zu versagen, liegt kein Grund vor, wenn man als Kaufobjekt die ‚spes' ansieht; denn die Leistung stellt sich tatsächlich dar als die Menge anderer Güter, für die ein Gut, nämlich die Chance, wirklich vertauscht wird. Wer hingegen den künftigen Erwerb als gekauft erachtet, kann die vom Käufer zu zahlende Summe nicht mehr als Preis bezeichnen, da nach dieser Konstruktion dem angeblichen Preise möglicherweise keine Ware gegenüberstände.[2])

Hinsichtlich des Pretium bestehen im einzelnen keine Abweichungen vom gewöhnlichen Kaufe. Es gilt auch hier, daß der Preis — in der Hauptsache wenigstens — in Geld bestehen, ‚certum' und ‚verum' sein muß, hingegen nicht ‚iustum' zu sein braucht. Bestimmt muß der Kaufpreis sein in dem von den Quellen auf Grund sehr laxer Auslegung geforderten Sinne, so daß die Bestimmung sogar dem Ermessen eines Dritten[3]) anheimgestellt werden kann. Die Preisfestsetzung bei der emtio

---

[37]) l. 34 § 3 D. de C. E. 18, 1.
[38]) l. 16 pr. D. h. t. Windscheid Bd. 2 S. 586 Note 6.
[39]) l. 28 D. h. t. Windscheid eod.
[1]) l. 11 § 18 i. f. D. de A. E. V. 19, 1.
[2]) So auch Hofmann S. 107.
[3]) l. 15 C. de C. E. 4, 38; Windscheid Bd. 2 S. 590.

spei einem der Vertragschließenden zu überlassen,[4]) dürfte wegen der aleatorischen Natur des Geschäfts wohl kaum mit dem wenn auch noch so milde ausgelegten, so doch immer vorhandenen Grundsatze der Bestimmtheit des Preises vereinbar erscheinen.[5]) Auch bei dem Hoffnungskaufe muß ferner das Pretium ernsthaft[6]) versprochen sein, soll das Geschäft die rechtliche Wirkung einer emtio venditio erzeugen. Sofern die ernstliche Absicht fehlt, den Preis als Äquivalent der Gegenleistung anzusehen, liegt auch hier nicht Kauf, sondern Schenkung vor. Daß die ‚spes', ein kauffähiges Objekt, zum Inhalte einer Schenkung gemacht werden kann, erscheint nicht zweifelhaft. Wenn schließlich das Pretium dem Sachwerte entsprechend nicht zu sein braucht,[7]) so bedarf es weiter keiner Erörterung, daß dieser Satz recht eigentlich von der emtio spei gilt; es herrscht vollste Vertragsfreiheit, der, wie wir weiter unten sehen werden, hier nicht einmal die Schranke der Verletzung über die Hälfte gezogen ist.

§ 6.

Die Einigung der Parteien.

Die spezifisch kaufrechtlich wesentlichen Erfordernisse, Ware und Preis, haben wir betrachtet; beide treten in das synallagmatische Verhältnis durch die Willenseinigung der Parteien. Dieses bewußte Zusammenwirken zweier Personen zur Herbeiführung eines Rechtserfolges ist nichts dem Kaufvertrage Eigentümliches. Es würde sich somit ein Eingehen auf den Abschluß der emtio spei hier erübrigen, würde uns nicht in bezug auf dieses Geschäft in der Literatur eine Besonderheit entgegentreten, zu der hier Stellung genommen werden muß. Wir finden nämlich bisweilen die Ansicht vertreten, daß die emtio spei ein notwendig bedingtes Geschäft sei.[1]) Es ist in keiner Weise abzusehen, aus welchen Gründen sich die Annahme einer Be-

---

[4]) Eine Ansicht, deren Berechtigung man für das röm. Recht auch bezüglich des einfachen Kaufs mit Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 43 Note 7 bezweifeln muß, wenigstens soweit die Bestimmung durch den Käufer erfolgen soll, vgl. l. 35 § 1 D. de C. E. 18, 1; a. M. freilich Windscheid Bd. 2 S. 590, desgl. Baron, Pand. S. 586.

[5]) A. M., wenn auch die Bedenken nicht verkennend, Braun S. 29.

[6]) l. 36, 38 D. de C. E. 18, 1; l. 3 C. de C. E. 4, 38.

[7]) l. 16 § 4 D. de min. 4, 4; l. 22 § 3 D loc. cond. 19, 2.

[1]) „Die emtio spei ist ein bezüglich der Gewinnung der Sache bedingter Kauf, wobei der Käufer die Gefahr der Vereitelung der Bedingung übernimmt," Bechmann Teil 2 S. 143; „In der Tat liegt hier zwar eine Ungewißheit vor, aber eine durch den Inhalt der Willenserklärung von selbst gegebene, also nur eine uneigentliche Bedingung, eine sog. condicio iuris", Windscheid Bd. 2 S. 587 Note 8c.

dingung rechtfertigen ließe oder welchen Wert solches haben könnte; auch den Quellen ist eine ähnliche Auffassung durchaus fremd. Eine Bedingung alteriert, wie Endemann[2]) richtig bemerkt, das ganze Vertragsverhältnis, nicht nur die einzelne Erfüllungshandlung; die Vertreter der bedingten Natur des Hoffnungskaufs können ihre Behauptung aber notwendigerweise nur in dem Sinne verstanden wissen wollen, daß der Vertrag für den Verkäufer ein bedingter sei, da der Käufer zur Preiszahlung doch unbedingt verpflichtet ist. Dementsprechend herrscht in der übrigen Literatur auch kein Zweifel darüber, daß die emtio spei ein an sich unbedingter Kauf ist,[3]) und wenn die meisten Schriftsteller dies noch ausdrücklich hervorheben, so soll dadurch nur ein Gegensatz zur bedingten emtio rei speratae schärfer dargetan werden. Daß es auch bei der emtio spei den Parteien freisteht, unter einer Bedingung zu kontrahieren, bedarf kaum der Erwähnung. Ebenso selbstverständlich ist, daß die Einigung des Hoffnungsverkäufers und -käufers eine wirkliche Übereinstimmung hinsichtlich der wesentlichen Merkmale und der etwa dazu erhobenen Modalitäten des Kontrakts enthalten muß. Liefe z. B. bei Abschluß des Vertrages ein Irrtum über die Chance unter, so wäre auch hier — ein Irrtum über Eigenschaften, die das Wesen der ‚spes' bestimmen, vorausgesetzt — Nichtigkeit des Geschäfts die Folge des Willensmangels.[4])

3. Kapitel.

§ 7.

Die emtio spei in ihrem Verhältnisse zur emtio rei speratae.

Eine Untersuchung der emtio spei würde kein vollständiges Bild gewähren, würde nicht auch ihre Abgrenzung von der emtio rei speratae versucht. Name und gemeinschaftliche Behandlung in den Quellen lassen schon auf enge Beziehungen beider Rechtsinstitute schließen. Nur soweit eine Darstellung der emtio spei ein Mitprüfen der emtio rei speratae erforderlich macht, soll hier auf letztere eingegangen werden.[1])

---

[2]) S. 404 Note 121.

[3]) So z. B. Svarez, Revisio monitorum (in Gruchots Beiträgen 12. Jahrg. S. 176); Baron in Gruchots Beiträgen 2. Jahrg. S. 8; Braun S. 32; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 256; Glück 4. Teil S. 194; Koch, Recht d. Forderungen Bd. 3 S. 775.

[4]) vgl. Windscheid Bd. 1 S. 335.

[1]) Von der lateinischen Bezeichnung emtio rei speratae ist übrigens zu bemerken, daß sie nicht quellenmäßig ist, sondern wie Endemann (S. 374) berichtet, zuerst von Samuel Stryk (1640—1710) gebraucht wird. Der entsprechende deutsche terminus technicus ist Kauf gehoffter Sachen oder bedingter Hoffnungskauf.

Beide Verträge unterscheiden sich nur dadurch, daß bei der emtio spei der Kaufpreis in jedem Falle gezahlt werden muß, auch wenn möglicherweise nichts gewonnen und übertragen wird, während bei der emtio rei speratae diese Verpflichtung den Käufer nur trifft, wenn das erhoffte Gut zur Entstehung gelangt.[2]) Ein Kauf dieser Art ist ein bezüglich der Entstehung des Gegenstandes suspensiv bedingter.[3])

Das Bestreben, ein sicheres Unterscheidungsmerkmal für diese verwandten Verträge zu gewinnen, hat zahlreiche, jedoch mehr oder minder nutzlose Kriterien gezeitigt. Im Anschlusse an die römischen Quellen, welche allerdings vom Kaufe von Früchten und Tierjungen im Gegensatze zu dem eines Vogelfanges, eines Fischzuges usw. sprechen, aus der jeweiligen Wahrscheinlichkeit des Existentwerdens des Kaufobjekts ein Kennzeichen herleiten zu wollen,[4]) erscheint bedeutungslos angesichts der unzweifelhaften Tatsache, daß auch über künftige Früchte, mag ihre Entstehung noch so wahrscheinlich sein, eine emtio spei geschlossen werden kann.[5]) In gleicher Weise praktisch wertlos sind Präsumtionen, die man für die emtio rei speratae aufgestellt hat.[6]) Daß gegebenenfalls Zweifel darüber entstehen können, ob die Parteien die Rechtswirkungen der emtio spei oder die der emtio rei speratae beabsichtigten, kann

[2]) Über die sich hieran knüpfende Streitfrage, ob nur die Qualität oder auch die Quantität des Kaufobjektes gewagt ist, sei verwiesen auf Dernburg, Pand. Bd. 2. S. 255; v. Sobbe, Die emtio rei speratae; v. Vangerow Bd 3 S. 425; Cosack, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 407 Ziff. 3; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 S. 10; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 931; Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 521.

[3]) Auch dies wird vereinzelt entgegen der herrschenden Lehre bestritten, so z. B. von Endemann S. 396 Note 110, 111; v. Sobbe S. 27 ff., ohne daß indessen für diese Ansicht überzeugende Gründe geltend gemacht werden könnten. Im Sinne der hier vertretenen, herrschenden Annahme einer aufschiebenden Bedingung äußern sich u. a. Glück Teil 4 S. 195; v. Vangerow Bd. 3 S. 425; Windscheid Bd. 2 S. 587 Note 8c und in der Literatur des bürgerl. Rechts z. B. Crome Bd. 2 S. 408; Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 10; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 521; Matthiaß Bd. 1 S. 487; Oertmann, Vorbem. § 433 Ziff. 1; auch Endemann hat sich neuerdings dieser Ansicht angeschlossen (Bürgerl. R. Bd. 1 S. 931).

[4]) So Glück Teil 4 S. 192, welcher eine emtio rei speratae nur dann annehmen will, wenn der Gewinn nach dem gewöhnlichen Laufe der Natur ordentlicherweise erhofft werden kann.

[5]) Gegen diese Auslegung auch v. Vangerow Bd. 3 S. 425; Braun S. 9 Note 7; v. Sobbe S. 13.

[6]) vgl. Mühlenbruch, Doctrina Pandectarum Bd. 2 S. 333 Note 7 (Quod nullam esse venditionem sine re, quae venierit, universum praecipitur); auf Grund der Regel: ‚In dubio minus' will der emtio rei speratae den Vorzug geben Löwenberg, Über den Lieferungsvertrag S. 47 (angeführt bei v. Sobbe S. 18 Note 22).

nicht geleugnet werden. Falsch aber ist es, allgemeine Grundsätze darüber aufstellen zu wollen, wann berechtigterweise die zukünftige Sache selbst und wann die Aussicht auf den Gewinn als gekauft angesehen werden soll; es handelt sich vielmehr um eine reine Interpretationsfrage, die wie jede andere zweideutige Erklärung für jeden einzelnen Fall aus dem Willen der Parteien zu entscheiden ist.[7])

Nach dem Gesagten können wir die emtio rei speratae bezeichnen als den obligatorischen Vertrag, durch den eine zukünftige Sache unter der Bedingung ihrer Entstehung gegen Geld umgesetzt wird.

4. Kapitel.

§ 8.

Definition der emtio spei.

Fassen wir die bei Untersuchung der einzelnen Merkmale der emtio spei gefundenen Resultate zusammen, so kommen wir zu folgender Begriffsbestimmung: Hoffnungskauf ist derjenige — an sich unbedingte — obligatorische Vertrag, durch welchen die aus einer Tatsache entspringende, bei verständiger Würdigung der Umstände denkbare Gewinnchance gegen Leistung eines nach der Parteiabsicht in jedem Falle zu zahlenden Preises in das Vermögen eines andern übergeführt wird.

2. Abschnitt.

Die Rechtsfolgen der emtio spei.

1. Kapitel.

§ 9.

Allgemeines.

Da wir unser Rechtsgeschäft als unter den gesetzlichen Vertragstypus der emtio venditio fallend erkannt haben, werden wir zu prüfen haben, welche Bedeutung die für den gewöhnlichen Kauf geltenden Sätze für den vorliegenden Fall haben. Von vornherein ist klar, daß nicht alle der allgemeinen kaufrechtlichen Bestimmungen uneingeschränkte Anwendung auf die emtio spei dulden, daß vielmehr aus dem Wesen des eigentümlichen Kaufobjekts sich einige Modifikationen ergeben werden.

[7]) Ebenso Unterholzner Bd. 2 S. 231; Koch, Recht der Forderungen Bd. 3 S. 776; v. Vangerow Bd. 3 S. 426; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 S. 10.

§ 10.

Die Bedeutung des Satzes: Periculum est emtoris für die emtio spei.

Bevor wir auf die einzelnen Verpflichtungen der Kontrahenten eingehen, wollen wir zunächst das Prinzip der Gefahrtragung in seiner Anwendung auf die emtio spei untersuchen.

Mit dem Abschlusse des Kaufvertrages geht die Gefahr auf den Käufer über; wenn also das Kaufobjekt vor der Tradition durch Zufall untergeht oder verschlechtert wird, so muß der Käufer gleichwohl den vollen Preis zahlen. Diese ganz speziell kaufrechtliche Disposition leidet im eigentlichen Sinne auf die emtio spei keine Anwendung. Denn dieser Satz hat nur so lange Bedeutung, als der Kaufgegenstand sich noch nicht in der Herrschaftssphäre des Käufers befindet; hat seine Überführung in dessen Vermögen stattgefunden, so gilt: ‚Casus a nullo praestantur'.[1]) Da nun der Käufer die Chance, das Kaufobjekt, ohne weiteres mit dem Vertragsschlusse erwirbt, so müßten grundsätzlich alle diesbezüglichen schädigenden Ereignisse ihn allein treffen, ohne daß es der Anwendung der Regel über das Periculum bedürfte. Die Konsequenz dieser Deduktion wäre, daß der Käufer zur vollen Preiszahlung verpflichtet bliebe ohne Rücksicht auf jegliche Zufälle, die nunmehr die Chance treffen.

Eine billige Erwägung läßt uns indessen zu einer Modifikation dieses zweifellos folgerichtigen Resultates gelangen: Der Käufer braucht nur diejenigen schädigenden Ereignisse gegen sich gelten zu lassen, auf die nach richtiger Auslegung des Vertrages sich das Wagnis bezieht, nicht aber solche außergewöhnlichen Zufälligkeiten, denen die ‚alea' zu unterwerfen, nicht in der Absicht der Parteien lag. Wir werden also z. B. kein Bedenken tragen, den Käufer eines Fischzuges bezw. Vogelfanges von seiner Leistungspflicht ganz oder teilweise zu entbinden, wenn das abzufischende Gewässer nach dem Vertragsschlusse, jedoch vor dem Auswerfen der Netze versiecht, der Dohnensteig vor Tagesanbruch bis auf einen geringen Rest vom Sturme zerstört wird. Zur näheren Bezeichnung derartiger nicht zu Lasten des Käufers gehenden Zufälle wird sich allgemein nur so viel sagen lassen, daß solche Ereignisse, welche die Entfaltung einer dem Verkäufer möglicherweise obliegenden Tätigkeit unmöglich machen, die Zahlungspflicht aufheben oder mindern. Wollte man dieser billigen und, wie wir sehen werden, auch logischen Ausnahme damit die Berechtigung absprechen,

---

[1]) l. 23 i. f. D. de R. J. 50, 17.

daß der Käufer von vornherein mit der Möglichkeit eines gänzlichen Mißerfolges zu rechnen habe, so kann dies m. E. nicht überzeugen. Bei dem Kaufe eines Fischfanges setzen die Parteien stillschweigend voraus, daß es zum Fischzuge tatsächlich kommt; es ist trotz desselben Effektes nicht das nämliche, ob der Käufer keine Fische erhält, weil der Zug erfolglos blieb, oder weil von vornherein die Vornahme desselben unmöglich war.[2]) Für unsere Ansicht spricht folgende Erwägung: Wie im Zusammenhange weiter auszuführen sein wird,[3]) hat der Chancenkäufer nur Anspruch auf einen derartigen Gewinn, wie er aus einem Ereignisse der jeweilig vereinbarten Art erfahrungsgemäß zu erwarten steht (nur der Umfang ist ein unbeschränkter). Die Richtigkeit dieses Satzes ist allgemein anerkannt. Angesichts dessen ist es eine berechtigte Forderung der Billigkeit, dieselbe Differenzierung, die hier zum Nachteile des Käufers durchgeführt ist, umgekehrt auch zu seinen Gunsten gelten zu lassen, beide Folgerungen beruhen auf demselben Gedanken.[4])

Während von einer Gefahrtragung im technischen Sinne mit Bezug auf die ‚alea' nicht gesprochen werden kann, findet die allgemeine Regel auf den etwaigen Gewinn volle Anwendung, so daß der Käufer sofort mit der Entstehung die Gefahr trägt.

Zweites Kapitel.

Die Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers.

§ 11.

Die Verpflichtungen des Verkäufers.

Die aus dem Wesen des Kaufs als eines vermögensrechtlichen Umsatzvertrages entspringende Hauptpflicht des Verkäufers besteht in der Gewährung der physischen und rechtlichen Möglichkeit für den Käufer, das Objekt in seinem Vermögen zu haben. Da diese Verpflichtung in ihrem ersten Teile, der ge-

---

[2]) Der hier vertretenen Meinung ist auch v. Blume, Krit. VSchr. Bd. 40 S. 36; anders Braun S. 44, der aus übertriebener Konsequenz zu der Entscheidung gelangt, daß der Käufer ungeachtet aller Zwischenfälle zur Preiszahlung verpflichtet bleibt.

[3]) Unten S. 23 zu Note 17.

[4]) Der Entwurf des ALR. enthielt eine dies ausdrücklich hervorhebende Bestimmung, die freilich nicht Gesetz wurde: Wenn aber auch eine bloße Hoffnung verkauft worden ist, so darf doch der Käufer weder die außerordentlichen Unglücksfälle übernehmen, noch diejenigen außerordentlichen Glücksfälle sich zueignen, welche bei derselben Art des Geschäfts nicht übernommen oder nicht gekauft zu werden pflegen (Gruchot in seinen Beitr. 12. Jahrg. S. 181).

wöhnlich durch Übergabe des Gegenstandes genügt wird, nur auf Kaufverträge über Sachen anwendbar ist, so erscheint es nicht als eine nur der emtio spei eigene Sonderheit, daß die Chance mit dem Vertragsschlusse ohne weiteres auf den Käufer übergeht. Damit nun jedoch die durch die Tradition und Verhaftung wegen Eviktion bei dem einfachen Sachenkaufe geschaffene Rechtslage, welcher in gleicher Weise ein „Haben" — im rechtlichen Sinne — der Gewinnaussicht entsprechen muß, auch bei dem Hoffnungskaufe eintritt, muß der Verkäufer „das Recht, welches er verkauft hat, wirklich haben." [1]) Wer also eine Jagdbeute zum Gegenstande einer emtio spei macht, muß jagdberechtigt sein; fehlt ihm die Berechtigung oder die Ausübungsbefugnis, so liegt ein Fall der ursprünglichen subjektiven Unmöglichkeit vor, die nach den gewöhnlichen Regeln zu beurteilen ist. Die Gültigkeit des Geschäfts wird demnach durch die subjektive Unrealisierbarkeit der ‚spes' nicht beeinträchtigt, der Verkäufer muß vielmehr dem anderen Teile im Nichtbehebungsfalle seines Unvermögens das volle Interesse ersetzen;[2]) die Höhe des Schadens ist im Wege der Schätzung des voraussichtlichen Gewinns festzustellen. [3]) Auch wenn der Verkäufer bei Abschluß des Vertrages die Unmöglichkeit nicht kannte, haftet er in gleicher Weise.[4]) Daß in dem Falle, daß nicht „wirklich eine Hoffnung auf den bezogenen Gegenstand oder das Ereignis vernünftigerweise gedacht werden kann",[5]) nach der gewöhnlichen Terminologie also ursprüngliche objektive Unmöglichkeit vorliegt, die emtio spei völlig nichtig ist, wurde bereits erwähnt,[6]) ebenso das Recht des Käufers, bei arglistigem und grob fahrlässigem Verhalten seines Gegners außerdem Ersatz des negativen Interesses zu verlangen.[7])

In gleicher Weise finden die Regeln über die nachfolgende Unmöglichkeit entsprechende Anwendung. Beruht die Unmöglichkeit auf einem vom Verkäufer nicht zu vertretendem Um-

---

[1]) Treitschke S. 17.

[2]) l. 34 D. de V. O. 45, 1; Windscheid Bd. 2 S. 267.

[3]) Diese Art der Bemessung ist zwar gesetzlich — l. 12 D. de A. E. V. 19, 1 — nur für den Fall vorgesehen, daß der Verkäufer die Vornahme der ihm möglicherweise obliegenden Handlung verweigert, doch dürfte die Anwendung dieser Bestimmung auch bei der vorgenannten Sachlage nicht unzulässig erscheinen.

[4]) vgl. Windscheid Bd. 2 S. 267.

[5]) Koch, Recht der Forderungen Bd. 3 S. 776.

[6]) Oben S. 12 zu Note 33.

[7]) Windscheid (Bd. 2 S. 269) will diesen Schadensersatzanspruch ohne Rücksicht darauf geben, ob der Verkäufer die Unmöglichkeit gekannt hat oder nicht, wenn nur der Käufer sie ohne seine Schuld nicht kannte.

stande, so wird er von seiner Verpflichtung frei,[8]) wird die Realisierung der Gewinnchance durch seine Schuld vereitelt ist z. B. über die Beute einer Jagd ein Hoffnungskauf geschlossen und geht der Wildbestand vorher infolge Giftes, das zur Raubzeugvertilgung ausgestreut war, ein, so hat der Verkäufer dem anderen Teile das Interesse zu leisten.[9])

Im Anschlusse hieran ist noch zu erwähnen, daß jedes dolose und culpose Verhalten des Verkäufers, insbesondere bezüglich des gegebenenfalls von ihm zu besorgenden Gewinnungsprozesses eine Haftpflicht begründet. Bei der emtio spei besteht recht eigentlich das Bedürfnis einer strengen Handhabung dieser Vorschriften, da hier mehr als bei dem einfachen Kaufe jeder Teil auf Ehrlichkeit und Rechtschaffenheit des anderen angewiesen ist.

Zu den Verpflichtungen des Verkäufers kann — und in den typischen Fällen der emtio spei bildet dies sogar die Regel — die Entfaltung einer bestimmten Tätigkeit zur Behebung der Ungewißheit gehören. Zu welchen unbegründeten Konstruktionsversuchen dies geführt hat, haben wir bereits gesehen,[10]) hier kommt es darauf an, die rechtlichen Folgen einer Verletzung dieser Pflicht klarzustellen. Nach einer im Gesetze[11]) ausdrücklich ausgesprochenen Bestimmung soll der Verkäufer im Falle der Weigerung zum Schadensersatze verpflichtet sein, dessen Höhe durch Abschätzung des mutmaßlichen Gewinnes unter möglichster Berücksichtigung der Tatumstände zu ermitteln ist.

Zum Schlusse der Betrachtung der rechtlichen Verpflichtungen des Hoffnungsverkäufers kommen wir zu dem wirtschaftlich wichtigsten Momente, dem zugunsten des Verkäufers sich ergebenden Gewinne. Es ist zweifellos, daß der Verkäufer wie bei dem einfachen Kaufe so auch hier alles, was das Kaufobjekt nach dem Vertragsabschlusse eingebracht hat, herausgeben muß, daß der Käufer die Gefahr trägt, und daß schuldhaftes Verhalten des Verkäufers bezüglich des gewonnenen Gutes eine Schadenersatzpflicht begründet.

Daß die Ansicht, der künftige Gewinn sei Objekt der emtio spei für uns, die wir als solches die ‚alea' erkannt haben, auch nach Realisierung der Gewinsthoffnung keine Bedeutung ge-

---

[8]) vgl. Windscheid Bd. 2 S. 82 Ziff. 2; über die Frage, was in solchem Falle aus der Kaufpreisforderung wird, oben S. 18, 19.

[9]) vgl. Windscheid Bd. 2 S. 83.

[10]) Oben S. 11 zu Note 28.

[11]) l. 12 D. de A. E. V. 19, 1: Si iactum retis emero et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est.

winnen kann, liegt auf der Hand. Wenn allerdings im Anschlusse an die allgemein kaufrechtliche Ausdrucksweise das gewonnene Gut als ‚commodum ex re' bezeichnet wird,[12]) so ergeben sich m. E. hiergegen terminologische Bedenken. Denn verstehen wir mit Mommsen[13]) unter dieser Bezeichnung „diejenigen Vorteile, welche durch die Sache selbst gewährt sind, und die dem Eigentümer, falls er die Sache inne gehabt, gewissermaßen von selbst zugefallen wären," so ergibt sich, daß die rechtliche Lage in beiden Fällen nicht genau dieselbe ist. Sprechen wir von ‚commodum', so verbinden wir damit zunächst die Vorstellung, daß etwas zu dem geschuldeten Gegenstande hinzutritt, und daß der Käufer diesen Zuwachs fordern kann, weil ihm gewissermaßen schon zur Zeit des Hinzutretens des ‚commodum' der Gegenstand gehört hat. Bei der emtio spei hingegen erscheint das gewonnene Gut nicht als etwas zu der Chance nachträglich Hinzutretendes, sondern als der — freilich unbestimmte — Inhalt des Kaufobjekts, als Ziel des durch den Kaufvertrag erworbenen eventuellen Forderungsrechtes. Indessen hat die ganze Erörterung, wie gesagt, nur terminologische, untergeordnete Bedeutung, da durch die Bezeichnung nicht irgend welche rechtserheblichen Konsequenzen bedingt werden. Hinsichtlich der Herausgabe des erlangten Ertrages enthalten die Quellen[14]) noch eine ausdrückliche Regelung: Si quod extraxit piscium reddere mihi noluit, id aestimari debet, quod extraxit. Ist also der Verkäufer der ihm möglicherweise obliegenden Verpflichtung zur Vornahme einer bestimmten Handlung bereits nachgekommen, weigert er sich aber, den Gewinn herauszugeben, so kann der Käufer eine entsprechende Entschädigung in Geld verlangen. Da jedoch das justinianeische Recht statt der ursprünglich notwendigen ‚condemnatio pecuniaria' bereits eine Realexekution kennt,[15]) so ist mit Recht anzunehmen, daß im vorliegenden Falle auch die Herausgabe erzwungen werden konnte.[16]) Was schließlich den Umfang der Herausgabepflicht anbetrifft, so ist selbstverständlich, daß das gewonnene Gut vollständig ausge-

[12]) So Braun S. 35.

[13]) Commodum eius esse debet, cuius periculum est S. 54.

[14]) l. 12 D. de A. E. V. 19, 1.

[15]) l. 68 D. de R. V. 6, 1.

[16]) Ebenso Glück Teil 4 S. 193 Note 9, der diese gesetzliche Bestimmung nur gelten läßt, wenn der Verkäufer den Fang nicht tradieren kann, oder wenigstens der Käufer nicht auf der wirklichen Überlieferung besteht. Nach heutigem Rechte würde ebenfalls Urteil und Zwangsvollstreckung (§ 883 ZPO.) unmittelbar auf den Gewinn gehen, und nur bei Unmöglichkeit der Erfüllung müßte der Käufer sich auf den Interessenanspruch (§ 893 ZPO.) beschränken.

liefert werden muß, auch wenn es im Verhältnisse zu dem geleisteten Äquivalent ungewöhnlich groß ist. Andererseits erstreckt sich aber diese Verpflichtung nur auf den Gewinn der vertragsmäßig vereinbarten Art, bei dem Kaufe eines Fischzuges, also regelmäßig nur auf die Fische; dagegen hat der Käufer keinen Anspruch auf einen generisch ganz anders gestalteten, für die Kontrahenten gar nicht voraussehbaren Ertrag. Dies wird gewöhnlich dargelegt an einem bei Plutarch erzählten Falle,[17]) in dem der Verkäufer eines Fischzugs einen goldenen Tisch in den Netzen fand; ihn konnte der Käufer nicht verlangen. Es ist natürlich denkbar, daß auch ein derartiger außergewöhnlicher Gewinn mitverkauft sein soll; maßgebend ist allein die Parteivereinbarung, deren Sinn, wenn nötig, im Wege der Interpretation zu ermitteln ist.

§ 12.

Die Verpflichtungen des Käufers.

Nachdem wir im vorigen Paragraphen die Verbindlichkeiten des Verkäufers näher bestimmt haben, wollen wir nunmehr sehen, wie sich demgegenüber die Pflichten auf seiten des Käufers gestalten.

Die Hauptverbindlichkeit des Käufers besteht in der Zahlung des Kaufpreises und zwar mangels einer abweichenden Vereinbarung Zug um Zug bei Übergabe des Kaufobjekts. Bleibt er mit der Zahlung im Rückstande, so hat er die Summe zu verzinsen.[1]) Nach römischem Rechte hat die Berichtigung des Kaufgeldes außerdem noch die Bedeutung, daß der Eigentumsübergang von der Erlegung oder Kreditierung desselben abhängig ist.[2]) Alles dies gilt auch für die emtio spei; einige Schwierigkeiten macht es nur, in den durch die ‚alea' modifizierten Tatumständen diejenigen wiederzuerkennen, welche sich mit den bei dem einfachen Kaufe vorkommenden entsprechenden Erscheinungen decken, und an die dann die nämlichen Rechtsfolgen zu knüpfen sind.

Von einer Übergabe des Objekts bei der emtio spei zu sprechen ist nicht angängig, die Gewinnchance erwirbt der Käufer ohne besonderen Akt durch den Vertragsabschluß. Sollte nun hiermit schon die sonst durch die Tradition geschaffene

---

[17]) Angeführt bei Endemann S. 405 Note 126 und in Gruchots Beitr. 12. Jahrg. S. 181 Ziff. 4.

[1]) vgl. Windscheid Bd. 2 S. 614.

[2]) § 41 J, de rer. div. 2, 1; l. 19 D. de C. E. 18, 1; vgl. Windscheid Bd. 1 S. 789.

Rechtslage erzeugt, der Käufer demnach sofort bei Abschluß des Kontraktes zur Preiszahlung, anderenfalls zur Verzinsung desselben verpflichtet sein? Zu diesem auf den ersten Blick scheinbar notwendigen, zweifellos zu mißbilligenden Resultate brauchen wir nicht zu kommen, wenn wir uns das legislatorische Motiv dieser Norm vergegenwärtigen: Der Gesetzgeber hält es für billig, daß dann, wenn der Kaufgegenstand in einer solchen Weise in das Vermögen des Käufers übergeführt ist, daß er ihn wirtschaftlich nutzen kann, er gleichzeitig das Äquivalent weiter zu verwerten aufhören soll. Aus dieser ratio legis erhellt, nicht die Tatsache, daß, sondern die Art und Weise, wie das Objekt in die Rechtssphäre des Käufers eingetreten ist, muß bei der Entscheidung leitend sein, ob dem Käufer billigerweise schon der als Entgeld geschuldete Vermögensbestandteil zu entziehen ist.[3]) Nun ist zwar die ‚alea' als das für die Konstruktion der emtio spei juristisch charakteristische Moment anzusehen, daraus folgt aber noch keineswegs, daß nicht auch wirtschaftliche Gesichtspunkte im einzelnen berücksichtigt werden dürfen und müssen. Angesichts dessen ergibt sich unzweifelhaft, daß die Pflicht zur Preiszahlung oder Verzinsung erst mit der Übergabe des gemachten Gewinnes entsteht oder sobald sein Ausbleiben endgültig festgestellt ist. Jede andere Regelung würde die ‚aequitas' in gröblichster Weise verletzen.[4])

Die letzte der oben erwähnten gesetzlichen Vorschriften bezüglich der Leistung des Kaufpreises, daß nämlich der Eigentumsübergang für den Regelfall durch Barzahlung bedingt ist, findet bei der emtio spei ebenfalls in der Weise Anwendung, daß der Käufer Eigentum an dem Gewinne nur unter der genannten Voraussetzung erwirbt.

Die Erscheinung, daß das durch die Realisierung der Chance entstandene Gut die allgemeinen kaufrechtlichen Sätze, die vorher wegen des eigentümlichen Wesens des Kaufobjekts nicht oder nicht ohne sinngemäße Modifikationen Geltung finden konnten, uneingeschränkt auf sich anwenden läßt, dieselbe Erscheinung

---

[3]) Daß diese Billigkeitserwägungen allein die hier in Rede stehenden Bestimmungen gezeitigt haben, spricht das Gesetz bezüglich der Zinspflicht ausdrücklich aus; l. 13 § 20 D. de A. E. V. 19, 2 sagt: . . . usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emtor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere und l. 13 § 21 D. h. t.: Hoc enim solum spectare debemus, an habet facultatem fructus percipiendi.

[4]) Zu demselben Resultate gelangt auch Braun (S. 39), „nicht trotz, sondern wegen des (richtig interpretierten) Grundsatzes der Zug um Zug-Leistung". Ebenso nennt v. Blume (S. 37) diese Entscheidung „an sich richtig, wenn auch inkonsequent" — weil nach seiner Meinung mit der von ihm verworfenen Auffassung der Chance als Kaufobjekt unvereinbar.

nehmen wir auch hinsichtlich der für Verwendungen bestehenden Vorschrift wahr. Von Impensen im eigentlichen Sinne in bezug auf das Kaufobjekt zu sprechen, erscheint nicht angängig,[5]) da die Chance bereits übergegangen ist, recht wohl möglich hingegen sind sie in Ansehung des erlangten Gewinnes; soweit sie notwendig waren oder im Interesse des Käufers geschahen,[6]) sind sie dem Verkäufer zu ersetzen. Eine analoge Ausdehnung dieser Erstattungspflicht auf außergewöhnliche Verwendungen, die der Verkäufer bei einer gegebenenfalls zu entfaltenden Tätigkeit im Interesse des Käufers machte, dürfte gerechtfertigt erscheinen.[7])

Aus der allgemeinen Pflicht des Käufers endlich, für Verschulden einzustehen, läßt sich für die emtio spei insbesondere hervorheben, daß er haftet, wenn er schuldhafterweise die Verwirklichung der Chance unmöglich macht oder bei der Abnahme des Ertrages den Verkäufer schädigt.

3. Kapitel.

Rechtsfolgen, in denen Abweichungen der emtio spei von dem gewöhnlichen Kaufvertrage, die sich aus der Eigenart des Kaufgegenstandes erklären, am deutlichsten hervortreten.

§ 13.

Allgemeines.

Die bisher behandelten Kontraktsrechte und -pflichten entsprachen im allgemeinen denen des einfachen Kaufs. Wo die gewöhnlichen Regeln nicht eine uneingeschränkte Anwendung duldeten, waren geringfügige Modifikationen nötig, die sich in zwangloser Weise aus der Eigentümlichkeit des Kaufobjekts erklären ließen. Im Gegensatze hierzu haben wir nun noch einige schärfer hervortretende Abweichungen zu erörtern, die teils in den Quellen selbst ausgesprochen, teils als logische Schlüsse aus der Natur unseres Rechtsgeschäfts in der Literatur aufgeführt sind.

§ 14.

Wegfall der Eviktionshaftung des Verkäufers.

Die Quellen heben in der die emtio spei betreffenden Hauptstelle hervor, daß der Verkäufer nicht für die Eviktion

[5]) vgl. auch Braun S. 41.
[6]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 267; Windscheid Bd. 2 S. 614.
[7]) So auch Braun S. 43.

des tradierten Gewinnes haftet, weil mit dieser Möglichkeit offenbar von vornherein gerechnet ist.[1])

Suchen wir nach einer Erklärung dieser für einen contractus bonae fidei auffallend erscheinenden Ausnahme, so läßt sich diese unschwer finden. Von einer Entwehrung des Kaufobjekts, der Chance, kann nicht die Rede sein; der Berechtigte dürfte es kaum der Mühe wert erachten, sie dem Käufer abzustreiten, und dieser bedarf der Eviktion zur Schadloshaltung an seinem Vertragsgenossen ebenfalls nicht; denn wenn die Gewinnaussicht infolge mangelhaften Rechts des Verkäufers unrealisierbar ist, so steht in diesem als ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit geltenden Falle der gewöhnlich erst an die erfolgte Entwehrung geknüpfte Interessenanspruch bereits aus diesem Grunde dem Käufer zu.[2]) Eine andere Frage ist es, ob nicht, wie wir es zu wiederholten Malen hinsichtlich anderer Rechtsregeln des gemeinen Kaufs bei der emtio spei geschehen sahen, die Eviktionsvorschriften auf das gewonnene Gut anwendbar gewesen wären. Den Grund dafür, daß dies nicht der Fall ist, bildet die richtige Erwägung, daß der Käufer einer ‚alea' stillschweigend auf den Anspruch aus einer etwaigen Entwehrung verzichtet hat.[3]) Wer einen Hoffnungskauf abschließt, gibt zu verstehen, daß er die Aussicht auf einen Gewinn, der sich aus einer denkbaren Tatsache möglicherweise für den Verkäufer ergeben kann, erwerben und sich allen tatsächlichen Zufälligkeiten und rechtlichen Widerwärtigkeiten unterwerfen will, die auch den Verkäufer treffen würden. Der Verkäufer hat seiner Verpflichtung genügt, wenn er die Voraussetzungen, unter denen sich ein Ertrag ergeben kann, erfüllt hat; was weiter geschieht, kann ihm weder Vorteil noch Nachteil bringen.

§ 15.

Ausschluß der ädilizischen Klagen.

Eine gesetzlich nicht ausgesprochene, jedoch aus der Rechtsnatur der emtio spei als eine notwendig und selbstverständlich

---

[1]) l. 8 § 1 D. de C. E. 18, 1: et quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex emto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur. Ohne Zweifel will das Gesetz nicht nur die Haftung bei einem „captus missilium" ausschließen, sondern eine für die emtio spei allgemeingültige Regelung treffen. Die ‚pisces' (in wilder Fischerei) und ‚aves' werden nicht erwähnt, weil sie als ‚res nullius' für eine Eviktion nicht in Betracht kommen können. In diesem Sinne wird die Stelle auch allgemein verstanden; vgl. z. B. Endemann S. 359 Note 18; Bechmann Teil 2 S. 259; Braun S. 46.

[2]) vgl. oben S. 20 zu Note 2.

[3]) Ebenso Brinz Bd. 2 S. 338.

sich ergebende Eigentümlichkeit ist der Wegfall des Rechts des Hoffnungskäufers, wegen Mängel die ädilizischen Klagen — actio redhibitoria und quanti minoris — anzustellen.[1]) Bezüglich der Erwerbschance ist ihre Anwendung ausgeschlossen, weil diese Klagen nur für körperliche Sachen berechnet sind;[2]) daß sie hinsichtlich des gewonnenen Gutes nicht gegeben werden, bedarf keiner Begründung. Jedoch können Tatsachen, welche bei dem einfachen Kaufe zu Ansprüchen wegen Eviktion, wegen Mängel der Sache aber zur Anstellung der ädilizischen Klagen berechtigen, bei der emtio spei für die Frage von Bedeutung sein, ob der Verkäufer sich nicht eines Betruges schuldig gemacht hat und dem Käufer demgemäß die entsprechenden Rechtsbehelfe zustehen.[3])

§ 16.

Wegfall des Anfechtungsrechtes wegen laesio enormis.

Nicht minder selbstverständlich als die eben besprochene Ausnahme erscheint die gleichfalls nicht gesetzlich fixierte Modifikation, daß dem Chancenverkäufer, der weniger als die Hälfte des wahren Werts des Kaufobjekts erhalten hat, trotz Verweigerung der Ergänzung des Kaufpreises das Recht auf Aufhebung des Geschäfts nicht zusteht. Diese aus Billigkeitsgründen geschaffene Rechtswohltat Diokletians[1]) zessiert weniger aus dem Grunde, daß die notwendige Voraussetzung dieser Reszission, ein bestimmter, schätzungfähiger Wert des gekauften Gegenstandes, hier fehlt, als vielmehr aus der ganzen Struktur des Hoffnungskaufes. Erweist sich der Ertrag als ein gegenüber dem Kaufpreise unverhältnismäßig großer oder geringer,[2]) so war ja gerade dieses Wagnis als das dem Geschäfte seinen spezifischen Gehalt verleihende Moment gewollt; von einer Verletzung bei der Preisbestimmung der Chance kann gar keine Rede sein. Der Ausschluß des Anfechtungsrechts wegen Verletzung über

---

[1]) vgl. Bechmann Teil 2 S. 259; v. Blume S. 37; Braun S. 49.

[2]) vgl. Windscheid Bd. 2 S. 668.

[3]) Nämlich die exceptio doli gegen den vertragsmäßig entstandenen Anspruch des betrügerischen Verkäufers; ist die Leistung bereits erfolgt, so kann er mit der Kontraktsklage oder der allgemeinen, aber nur subsidiär anwendbaren actio doli Beseitigung der Vermögensbeschädigung verlangen; vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 369; Windscheid Bd. 2 S. 344, 345.

[1]) l. 2 C. de resc. vend. 4, 44.

[2]) Daß auch dem Käufer, der mehr als das Doppelte des Wertes versprochen hatte, das Anfechtungsrecht zustehe, führte der spätere Gerichtsgebrauch ein; vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 283; Treitschke S. 260.

die Hälfte ist somit eine logische Folgerung aus dem Wesen des Hoffnungskaufs.[3])

Wir haben gesehen, daß die emtio spei nach ihren aus den Quellenbeispielen entnommenen Begriffsmerkmalen und auch umgekehrt wegen der grundsätzlich zulässigen Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtssätze dieses Instituts als Kauf anzusprechen ist. Die in einzelnen Punkten sich ergebenden Abweichungen zwingen weder, noch berechtigten sie auch nur wegen ihrer den Charakter der emtio venditio nicht in Frage stellenden Natur zur Annahme einer besonderen Vertragsart, vielmehr kann die emtio spei eine rationelle Behandlung nur unter den Regeln des Kaufs finden.

Zum Schlusse wollen wir hier eine kurze geschichtliche Betrachtung anfügen und zwar zunächst über die Entwicklung unseres Geschäfts im römischen Rechte und dann über seine Schicksale im gemeinen Rechte und in den neueren Gesetzgebungen.

3. Abschnitt.

Geschichtliches.

§ 17.

Die Entwicklung der emtio spei im römischen Recht.

Daß ein Rechtsgeschäft, dessen Ziel es ist, ein noch der Laune des Zufalls anheimgegebenes künftiges Gut aus wirtschaftsernstlichen Motiven bereits vor der natürlichen Entstehung zum Gegenstande des Verkehrs zu machen, die rechtliche Sanktion nicht bereits zu einer Zeit gefunden haben wird, die mit ihren urwüchsigen und einfachen, jedem Wagnisse abgeneigten Lebensanschauungen ein Bedürfnis hierfür nicht anerkannte, erscheint zweifellos. Die Erkenntnis, daß auch dem spekulierenden Gedanken, solange er sich in gesunden Bahnen bewegt, der Schutz der Rechtsordnung nicht versagt werden darf, ist erst ein Produkt eines freieren, hochstehenden Verkehrs. Solange es den primitiven Verhältnissen entspricht, durch unmittelbare Übereignung der Sachgüter gegeneinander oder der Sachgüter gegen Geld die notwendigen Lebens- und Wirtschaftsbedürfnisse zu befriedigen, werden Rechtsgeschäfte nach Art des Hoffnungskaufs, selbst wenn sie vereinzelt tatsächlich vorkommen sollten, als des Rechtsschutzes unwürdige Erscheinungen der gesetzlichen Anerkennung ermangeln.

---

[3]) vgl. Bechmann Teil 2 S. 259; Braun S. 50; Endemann S. 415; Treitschke S. 260.

Was nun die Entwicklung der emtio spei im römischen Rechte anbetrifft, so war sie dem Rechtssysteme jedenfalls so lange fremd, als sich die Wandlung der Kaufabrede aus einer unselbständigen ‚causa' der mancipatio zu einem selbständigen, klagbaren Konsensualkontrakte noch nicht vollzogen hatte, der Kauf also noch Realaustausch oder Naturalkauf war.[1]) Denn da die reelle Übermittlung der Umsatzgüter sofort erfolgen mußte, konnten nur existierende Vermögensstücke verkauft werden, nicht jedoch zukünftige Sachen oder gar ein noch anomaler geartetes Objekt, die ‚alea'. Waren diese jede wirtschaftliche Entfaltung hemmenden Fesseln aber einmal gesprengt, indem man, dem Zwange des Verkehrslebens nachgebend, den Kauf zu einem Konsensualkontrakte umgestaltete, so hatte „der Kaufbegriff namentlich in bezug auf den Inhalt der Leistung des Verkäufers eine Entwicklungsfähigkeit, eine Dehnbarkeit, gewonnen, welche sich im Verlaufe der Zeit geltend machen mußte, um den sich steigernden Anforderungen des Verkehrs zu genügen."[2]) Finden wir nun, daß dieser Wandlungsprozeß, dessen Beginn die Gelehrten nicht mit Bestimmtheit feststellen können, jedenfalls unzweifelhaft um die Wende des zweiten Jahrhunderts v. Chr. vollzogen war,[3]) so haben wir damit den Zeitpunkt, auf den frühestens die rechtliche Sanktion der emtio spei angesetzt werden könnte. Da nun aber die Annahme gerechtfertigt erscheint, daß man aus dieser fundamentalen Umgestaltung des Kaufs nicht sofort die äußersten Konsequenzen gezogen haben wird, zu denen doch die Zulassung der Chance als Kaufobjekt unzweifelhaft gehört, so wird man mit Karlowa[4]) annehmen dürfen, daß es fraglich ist, ob die Anerkennung der Zulässigkeit der emtio spei in die republikanische Zeit zurückreicht; „man wird wenigstens sagen dürfen, daß die Zulassung der ‚spes', der ‚alea' als Gegenstand eines Kaufs einer der letzten Schritte in der Erweiterung der Kaufobjekte gewesen sein wird."[5])

---

[1]) Daß der Kauf nicht von vornherein Konsensualkontrakt gewesen ist, darüber sind die Gelehrten heute einig, vgl. z. B. Bechmann Teil 1 S. 68, 417; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 910, 911 Note 3; Karlowa Bd. 2 S. 612.

[2]) Karlowa Bd. 2 S. 614.

[3]) vgl. Bechmann Teil 1 S. 469; Karlowa Bd. 2 S. 613.

[4]) Bd. 2 S. 614.

[5]) Karlowa, eod.

Anhang zum 3. Abschnitte.

§ 18.

Die emtio spei in der Doktrin des 19. Jahrhunderts und in der neueren Gesetzgebung bis zur Entstehung des BGB.

Indem wir die überaus reiche, doch wenig fruchtbare Behandlung der emtio spei in der gemeinrechtlichen Literatur übergehen,[1]) wollen wir hier nur kurz das Resultat, wie es sich uns in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts darbietet, betrachten.

Die Lehre vom Hoffnungskaufe gewährt zu dieser Zeit teilweise einen wenig erfreulichen Eindruck. Die Erklärung dafür liegt in der zu Mißverständnissen leicht Anlaß gebenden Natur dieses Geschäfts, hauptsächlich aber in einer uns auch sonst begegnenden Schwäche der gemeinrechtlichen Jurisprudenz: In dem Bestreben, die von dem modernen Verkehrsleben gezeitigten rechtsgeschäftlichen Neuerungen den römischrechtlichen Vertragstypen einzuordnen, statt ihren Charakter zu prüfen und ihnen, wenn sie unter kein bestehendes Gebilde passen, eine selbständige Stellung im Systeme anzuweisen, wie dies z. B. nunmehr hinsichtlich des Versicherungsvertrages geschehen ist. Indem man vergaß, daß zunächst immer die begrifflichen Voraussetzungen der emtio venditio vorliegen müssen, um von einer emtio spei sprechen zu können, unterstellte man auf Grund der lediglich rein äußerlichen Gemeinschaft bezüglich des aleatorischen Moments Rechtsgeschäfte ganz verschiedener Natur den Regeln des Hoffnungskaufs. Zu welchen Resultaten dies führen mußte, zeigt eine Aufzählung[2]) der Erscheinungsformen der emtio spei, die u. a. das foenus nauticum, den Bodmereivertrag und den Assekuranzvertrag nennt.[3]) Hoffnungskauf und gewagtes Geschäft vielfach identifizierend sah man die emtio spei nicht mehr als einen der emtio venditio subordinierten Fall, sondern als eine besondere Vertragsart an, die als willkommener Sammelbegriff juristisch zweifelhafter Rechtsgeschäfte diente. Erst allmählich erkannte man die Unzulässigkeit eines derartigen Beginnens, erklärte insbesondere den Versicherungsver-

---

[1]) Eine ausführliche Darstellung der historischen Entwicklung der Lehre von der emtio spei findet sich bei Endemann S. 361 ff.

[2]) Bei Krügelstein, Über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette (angef. bei Endemann S. 416).

[3]) Gegen die Richtigkeit dieser Theorie spricht, daß der Versicherungsnehmer keine ‚spes' kauft, sondern sich gegen ein Ereignis sichert, das er event. gar nicht wünscht, foenus nauticum und Bodmerei aber stellen sich als Darlehensgeschäfte dar; vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 241 und Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 S. 247.

trag zu einem Geschäfte eigener Art und kehrte zu der einfachen Lehre des römischen Rechts über die emtio spei zurück.

Die emtio spei in der neueren Gesetzgebung bis zur Entstehung des BGB.

Werfen wir zum Schlusse einen kurzen Blick auf die Behandlung des Hoffnungskaufs in den neueren Kodifikationen, so finden wir zunächst in dem allgem. Landrecht für die preuß. Staaten in dem Abschnitte über gewagte Geschäfte und ungewisse Erwar tungen[4]) eine der kasuistischen Manier dieses Gesetzes entsprechende ausführliche Regelung. Hinsichtlich des Kaufobjekts steht das allgem. Landrecht auf dem von der herrschenden Lehre vertretenen Standpunkt, daß als solches die Chance anzusehen ist; § 528 bestimmt: Ist die bloße Hoffnung eines künftigen ungewissen Vorteils der Gegenstand des Vertrags, so besteht derselbe, wenn auch gar kein Vorteil wirklich wird.[5]) Der Code civil gibt keine näheren Bestimmungen über den Hoffnungskauf, er erklärt lediglich in art. 1130: Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. Dagegen hebt das Bürgerliche Gesetzbuch für die österreichische Monarchie den Unterschied zwischen der emtio spei und emtio rei speratae ausdrücklich hervor, sieht in der Chance den Kaufgegenstand,[6]) behandelt aber diesen Kauf lediglich als Glücksvertrag, während es die emtio rei speratae (§ 1275) als ordentlichen Kaufvertrag gelten läßt. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nimmt insofern einen von den bisher angeführten Partikularrechten abweichenden Standpunkt ein, als es nicht die ‚alea', sondern den event. künftigen Gewinn als Objekt des Kaufs gelten läßt.[7])

---

[4]) Teil 1 Tit. 11 §§ 528 ff.

[5]) Die emtio rei speratae findet ebenfalls eine eingehende Behandlung in §§ 582 ff. h. t. Wenn es nach der Fassung des Vertrages zweifelhaft bleibt, ob eine emtio spei oder nur eine emtio rei speratae beabsichtigt ist, so spricht die Vermutung für die letztere (§ 531).

[6]) § 1276: Wer die künftigen Nutzungen einer Sache in Bausch und Bogen, oder wer die Hoffnung derselben in einem bestimmten Preise kauft, errichtet einen Glücksvertrag; er trägt die Gefahr der ganz vereitelten Erwartung, es gebühren ihm aber auch alle ordentlichen erzielten Nutzungen.

[7]) § 1083: Ist eine künftige Sache, welche nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zum Dasein gelangt, Gegenstand eines Kaufs, so hängt derselbe im Zweifel von der aufschiebenden Bedingung ab, daß die Sache zum Dasein kommt, ist die Entstehung der Sache eine rein zufällige, so gilt der Kauf im Zweifel als ein unbedingter.

II. Hauptteil.

Die emtio spei nach dem BGB.

1. Abschnitt.

§ 19.

Die Stellungnahme des BGB. zur emtio spei überhaupt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt den Ausdruck ‚Hoffnungskauf' nicht und enthält auch keine diesbezügliche spezielle Bestimmung. Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, daß unser Gesetz dieser rechtsgeschäftlichen Erscheinungsform die Existenzberechtigung absprechen will.

Bei der Abfassung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs vor die Frage gestellt, ob man nach dem Vorbilde der neueren Kodifikationen eine gesetzliche Regelung dieses Falls versuchen sollte, zog man es in der Erkenntnis der Wertlosigkeit jener Normierungen, die nicht dem Unvermögen der Gesetzgeber, sondern der Schwierigkeit eines solchen Beginnens zuzuschreiben ist, vor, sich einer ausdrücklichen Vorschrift zu enthalten. Die Motive[1]) geben darüber folgenden Aufschluß: „Der Entwurf gibt keine Bestimmungen über den sogen. Hoffnungskauf (emtio rei speratae, emtio spei oder aleae, bedingter, unbedingter Hoffnungskauf). Solche sind überflüßig, insoweit derartige Verträge nach den allgemeinen, bezw. nach den für den Kaufvertrag geltenden Rechtsnormen zu beurteilen sind. Das juristische Wesen dieser Verträge als gewagter Geschäfte bedingt aber auch die Anwendung anderer Rechtsnormen, und in dieser Richtung sind durchgreifende allgemeine Bestimmungen nicht angängig. Von selbst versteht sich übrigens insbesondere auch in Ansehnung dieser Verträge, daß die Autonomie der Parteien nur so weit reicht, als das Gesetz ihr keine Schranken setzt." Die Stellungnahme des Gesetzes verdient volle Billigung; sie ermöglicht der Wissenschaft und Praxis, der emtio spei in ihren verschiedenen Spielarten eine rationelle Behandlung angedeihen zu lassen.

Der hier gekennzeichnete Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuch in der uns interessierenden Lehre bestimmt ungefähr auch den Rahmen der nachfolgenden Abhandlung. Das Schweigen

---

[1]) Zum Entwurfe eines BGB. Bd. 2 S. 320.

des Gesetzes zeigt, daß es die emtio spei in dem bisher üblichen Sinne unter Berücksichtigung der heutigen allgemeinen, insbesondere kaufrechtlichen Bestimmungen behandelt wissen will, wir werden uns also im wesentlichen darauf zu beschränken haben, die Abweichungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom römischen Rechte hinsichtlich des gewöhnlichen Kaufs in ihrer Anwendung auf den Hoffnungskauf darzutun und werden außerdem die Stellung unseres Vertrages in der heutigen Literatur zu berücksichtigen haben. Daran wird sich die Abgrenzung der emtio spei von dem durch das aleatorische Moment mit ihr verwandten Spiele schließen und zum Schlusse einige charakteristische Erscheinungsformen der emtio spei im heutigen Rechtsleben angeführt werden.

2. Abschnitt.

§ 20.

Das Wesen der emtio spei.

Auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs besteht der Streit über die Natur der emtio spei, der die Literatur dieser Materie die Jahrhunderte hindurch ausgefüllt hat, fort, und es ist kaum zu hoffen, daß er jemals eine restlose Lösung finden wird. Insbesondere die Frage, was Gegenstand des Hoffnungskaufs ist, die Gewinnchance oder das etwa zu liefernde künftige Gut, ist auch heute noch nicht in einem alle überzeugenden Sinne beantwortet. Wie für das römische so ist es auch für unser bürgerliches Recht als gemeine Meinung zu bezeichnen, daß die Gewinnchance Objekt des Vertrages ist,[1]) doch haben sich für die gegenteilige Ansicht wenn auch weniger zahlreiche, so doch keineswegs minder gewichtige Stimmen erhoben.[2]) Insbesondere Endemann begegnet uns auch hier als Vorkämpfer jener Richtung; seine Gründe sind dieselben, die wir bereits an anderer Stelle[3]) kennen gelernt haben, vor allem das Wesen der ‚spes' als seelischen Affekts soll die Unhaltbarkeit unserer Ansicht dartun. Wenn Endemann[4]) weiter

---

[1]) vgl. z. B. Crome Bd. 2 S. 408; Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 10; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 521; Oertmann, Vorbem. § 433 Ziff. 1 Note 6.

[2]) vgl. Cosack Bd. 1 S. 407 Ziff. 3c; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 933. Andere lassen die Frage offen, so z. B. Matthiaß Bd. 1 S. 487 Note 3.

[3]) Oben S. 9ff.

[4]) eod.

hinzufügt, daß „die Hoffnung beim Käufer bereits vorhanden ist und sicherlich weder eine Sache, noch ein Recht im Sinne des § 433 BGB. bildet", so kann hierin nicht ein überzeugendes Argument gegen unsere Meinung gefunden werden. Der erste Teil jener Behauptung ist eine Konsequenz der Ansicht dieses Rechtsgelehrten von der Bedeutung des Wortes ‚spes', der zweite Teil läßt nicht absehen, was damit gegen unsere Auffassung gesagt sein soll. Daß die „Hoffnung" bereits vor dem Vertragsschlusse bei dem Käufer vorhanden, ist zweifellos richtig, wenn man unter ‚spes' eine dem Empfindungsleben angehörende, durch eine Erwartung angenehmer Art erzeugte Regung von Lustgefühlen versteht, indessen ist jene Behauptung nicht zutreffend, wenn man ‚Hoffnung' in dem hier allein denkbaren Sinne, also identisch mit Gewinnchance, auffaßt. Dieser von Endemann gemachte Einwand — er ist bereits in der gemeinrechtlichen Literatur u. a. von Cramer[5]) erhoben — scheint mir so recht eigentlich zu zeigen, daß der Unterschied zwischen Hoffnung als Affekt und Hoffnung als Gewinnaussicht nicht ein künstlich konstruierter, sondern ein in zwangloser Weise sich ergebender ist. Denn allerdings, die ‚Hoffnung' (= Affekt), daß dem die Netze einziehenden Fischer eine Beute werden möge, ist bei dem am Ufer des Sees stehenden Zuschauer möglicherweise vorhanden, hat er damit aber schon eine vermögenswerte Gewinnchance? Diese erlangt er erst dadurch, daß er den event. Ertrag durch ein obligatorisches Band zu seiner Person in rechtliche Beziehung setzt. Endemanns Zusatz, daß die ‚spes' weder eine Sache, noch ein Recht im Sinne des § 433 bilde, gilt unzweifelhaft von der Hoffnung in dem hier nicht vertretenen Sinne, doch auch gegen die herrschende Meinung ein Bedenken zu erregen ist diese Bemerkung geeignet, da auch der Chance diese Eigenschaft nicht zuerkannt werden kann. Damit sind wir vor die Frage gestellt, ob die emtio spei nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch überhaupt noch als Kaufgeschäft angesehen werden darf.

Das BGB. führt in § 433 als Kaufobjekte nur Sachen und Rechte an. Hiermit hat das Gesetz jedoch nicht eine abgeschlossene Bestimmung der käuflichen Güter geben wollen, sondern „im Interesse der Klarheit an einer konkreten Gestaltung der Vorschrift (des § 433) festgehalten und nicht für alle denkbaren, sondern nur für diejenigen Geschäfte Fürsorge getroffen,

---

[5]) Specimen novum de aequitate in probabilibus exemplo emtionis spei, § 5 (angeführt bei Endemann S. 410 Note 139).

deren Ordnung der Verkehr erfordert".[6]) Aus diesen Zweckmäßigkeitsgründen wurde ein im Laufe der Kommissionsberatungen gestellter Antrag, von der nicht vollständigen Aufzählung der einzelnen Fälle überhaupt Abstand zu nehmen, und nicht von Sachen und Rechten, sondern allgemein von Kaufgegenstand zu sprechen, abgelehnt;[7]) „die Fassung des Entwurfs schließe nicht aus, daß auch andere Werte als Sachen und Rechte Gegenstand des Kaufs sein könnten".[8]) Angesichts dessen wäre es unberechtigt, über die Kauffähigkeit der Chance Bedenken zu hegen und die emtio spei, soweit der einzelne Fall überhaupt die juristischen Merkmale der emtio venditio aufweist, nicht als Kaufgeschäft anzuerkennen. Soweit abzusehen wird die Richtigkeit dieser Deduktion auch fast überall bestätigt. Freilich wird im Anschlusse an die Fassung des § 433 vereinzelt auch die Ansicht vertreten,[9]) daß das Bürgerliche Gesetzbuch nur Sachen und Rechte als Kaufgegenstände anerkenne und Geschäfte über Güter anderer Art nur als kaufsähnliche, unbenannte Verträge anzusehen seinen, auf welche die Rechtssätze des Kaufs entsprechende Anwendung fänden. In Anbetracht der praktischen Wertlosigkeit dieser rein terminologischen Differenzierung[10]) steht u. E. nichts entgegen, in allen Fällen, in denen die Verkehrsauffassung die Veräußerung auch Werte anderer Art als Sachen und Rechte in Form des Kaufs zuläßt, einen Kaufvertrag schlechthin anzunehmen,[11]) demnach auch die emtio spei als wahres Kaufgeschäft anzusehen.

Hinsichtlich des Kaufobjekts ergeben sich also unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Abweichungen gegenüber dem römischen Rechte. Auch in Ansehung der anderen gesetzlich wesentlichen Erfordernisse sind kaum nennenswerte Unterschiede zu konstatieren.

Bezüglich des Kaufpreises gilt der römische Satz, daß er ein bestimmter sein muß, nicht mehr, es genügt nach unserem Gesetze wie bei jeder anderen vertragsmäßigen Leistung die Bestimmbarkeit (§§ 315 ff.). Bei der bequemen Handhabung des Grundsatzes: Pretium certum esse debet, ergeben sich indessen

---

[6]) Prot. der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 2 S. 51.

[7]) Der Antrag war u. a. damit begründet, daß die emtio spei, bei welcher die Gewinnchance Objekt sei, durch die bisherige Ausdrucksweise nicht getroffen würde.

[8]) Prot. l. c.

[9]) So Eck, Vorträge Bd. 1 S. 435 Ziff. 1.

[10]) Dagegen auch Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 S. 6 Note 6.

[11]) So auch Oertmann, Vorbem. § 433 Ziff. 1b.

kaum praktische Differenzen. Zweifellos kann nach heutigem Rechte die Feststellung des Kaufpreises einem der Vertragschließenden überlassen werden, und zwar — wie aus der Fassung des § 315 erhellt — nicht nur nach billigem, sondern auch nach freiem, beliebigen Ermessen.[12]) Weil damit aber die Bestimmung der Leistung noch nicht der schrankenlosen Willkür eines Kontrahenten überlassen ist, vielmehr zur Gültigkeit des Geschäfts immer irgend ein objektiver Maßstab erforderlich bleibt, so wird man Bedenken tragen müssen, die Regel in dieser Allgemeinheit auf die emtio spei anzuwenden, denn bei der dem Hoffnungskaufe innewohnenden Unbestimmtheit dürfte eine Scheidung von Ermessen und Willkür bei der Preisbestimmung durch einen Vertragsteil schwierig erscheinen. Die Rechtfertigung dieses Bedenkens ergibt sich aus § 138, weil es gegen die guten Sitten verstoßen würde, eine Partei der Willkür der anderen auszuantworten.[13]) Doch soll hier nicht geleugnet werden, daß nach Lage des einzelnen Falles auch der Hoffnungskauf bei einer Preisbestimmung durch einen Vertragschließenden, insbesondere wenn dies nach billigem Ermessen geschieht und sich gewisse objektive Schranken, z. B. durch die Erfahrung aus ähnlichen früheren Geschäftsbeziehungen ergeben, sehr wohl Gültigkeit haben kann.

Vom Kaufpreise galt für die emtio spei im römischen Rechte die Besonderheit, daß ein Rücktrittsrecht wegen Verletzung über die Hälfte nicht gegeben war. Nach dem Wegfalle dieses mit der modernen Verkehrsanschauung nicht mehr zu vereinenden Anfechtungsrechts für unser Recht überhaupt besteht hinsichtlich der freien Vereinbarung der Höhe des Preises für die emtio spei keine Ausnahme von den allgemeinen kaufrechtlichen Grundsätzen. Die Normen über den Betrug (§ 123) und über das wucherische Geschäft (§ 138) bieten auch hier hinreichende Deckung. Wenn z. B. der Aufkäufer um einen Sündenpreis dem armen Fischer den Ertrag seiner Arbeit in der Form eines Hoffnungskaufs abnimmt, so wird der Schutz des § 138 nicht versagen, und wenn es auch wegen der Eigenart des Geschäfts Schwierigkeiten machen dürfte, die Voraussetzungen des Sachwuchers (§ 138 Abs. 2) darzutun, so gewährt die weite Fassung des ersten Absatzes Hilfe. Gerade Hoffnungskäufe werden vielfach unter Umständen abgeschlossen werden, die recht eigentlich

---

[12]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 1 S. 206 Abs. 1; Fischer-Henle § 315 Note 5; Oertmann § 315 Ziff. 1b; Planck § 315 Ziff. 5.

[13]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R., Bd. 2 Abt. 1 S. 207 Ziff. 1; Endemann Bürgerl. R. Bd. 1 S. 661; Oertmann § 315 Ziff. 1b; Planck § 315 Ziff. 1.

zum Anwendungsgebiete der Vorschriften gegen unsittliche Geschäfte gehören, und die diesbezüglichen Bestimmungen werden unlauteren Elementen heilsamen Einhalt zu gebieten berufen sein.

Für die Einigung der Parteien endlich gelten die gewöhnlichen Regeln. Wenn wir es auch in der heutigen Literatur wiederholt ausdrücklich hervorgehoben finden,[14]) daß die emtio spei ein an sich unbedingtes Geschäft ist, so hat dies wie für das römische Recht nur die Bedeutung eines Gegensatzes zur emtio rei speratae.[15])

Die Betrachtung des Wesens des Hoffnungskaufs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche hat gezeigt, daß dieser Vertrag grundsätzlich als Kauf und die ‚alea' als Objekt desselben anzusehen ist, und daß gemäß der fast durchgängigen Übereinstimmung der für die kaufrechtlichen Begriffsmerkmale nach römischem und deutschen bürgerlichem Rechte geltenden Bestimmungen sich, abgesehen von einer geringfügigen Abweichung hinsichtlich der Preisbestimmung, keine Unterschiede ergeben.

3. Abschnitt.

Die Rechtsfolgen der emtio spei.

1. Kapitel.

§ 21.

Der Gefahrübergang bei der emtio spei.

Trotz der Übereinstimmung in den begrifflichen Voraussetzungen des Kaufinstituts nach römischem und heutigem Rechte weichen beide Systeme in den diesbezüglichen Rechtsfolgen nicht unerheblich voneinander ab. Insbesondere das Prinzip der Gefahrtragung und der Verschaffungspflicht des Verkäufers weist fundamentale Änderungen auf.

Im Gegensatz zu der Regel: Periculum est emtoris, hat das Bürgerliche Gesetzbuch sich das altdeutsch-preußische Prinzip zu eigen gemacht, das den Gefahrübergang an die Übergabe knüpft (§ 446). Da § 446 Abs. 1 bezw. § 451 nur von Sachen und Rechten an Sachen, die zum Besitze der Sachen berechtigen,

---

[14]) vgl. z. B. Crome Bd. 2 S. 408; Matthiaß Bd. 1 S. 487.

[15]) Für die Abgrenzung beider und für die bedingte Natur der emtio rei speratae gilt das § 7 Gesagte, wo auch bereits die einschlägige bürgerlichrechtliche Literatur angezogen ist. Der heutige Sprachgebrauch hat sich das Unterscheidungsmerkmal bezüglich der Bedingung zu eigen gemacht, indem vielfach die emptio spei als unbedingter, ihr Gegenstück als bedingter Hoffnungskauf bezeichnet wird, so z. B. Mot. Bd. 2 S. 320.

sprechen, so leidet diese Vorschrift, die nur ergänzender Natur ist, auf die emptio spei keine Anwendung.[1]) In solchen Fällen, z. B. auch für den Kauf von Rechten, die nicht zum Besitze einer Sache berechtigen, verbleibt es bei der allgemeinen für gegenseitige Verträge gegebenen Bestimmung des § 323. Wir kommen also zunächst zu der Erkenntnis, daß auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche die spezifisch kaufrechtliche Ergänzungsregel über den Gefahrübergang nicht für den Hoffnungskauf gilt. Behält es somit bei der allgemeinen Vorschrift sein Bewenden, so ergibt sich, daß der Verkäufer seinen Anspruch auf den Kaufpreis verliert, wenn die Gewinnchance in einer die Erfüllung seiner Leistungspflicht unmöglich machenden Weise unrealisierbar wird infolge eines von keiner Partei zu vertretenden Umstandes. Es kann nicht entgegengehalten werden, daß das Kaufobjekt, die Chance, bereits seit dem Vertragsschlusse auf den Käufer übergegangen ist, demnach von einer nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung gar nicht mehr gesprochen werden kann. Die Anwendbarkeit des § 323 soll hier nur für solche Fälle behauptet werden, in denen trotz des erfolgten Übergangs der Gewinnaussicht der Verkäufer gleichwohl seiner Vertragspflicht noch nicht vollständig genügt hat. Hieraus folgt, daß natürlich von vornherein alle diejenigen die Gewinsthoffnung beeinflußenden Zufälle nicht in Betracht kommen, welche die Parteien voraussehen mußten und deren Eintritt oder Ausbleiben gerade das Wesen der emtio spei ausmachte. Weiter aber sind von der Subsumtion unter jene gesetzliche Bestimmung solche Ereignisse ausgeschlossen, die nicht erwartet werden konnten, die aber immerhin die Möglichkeit der Erfüllung der vollen Leistungspflicht des Verkäufers nicht aufhoben. Wenn z. B. bei dem Verkaufe von Feldfrüchten im Wege der emtio spei die Ernte vor der Reife durch Erdbeben zerstört wird, also gewiß ein außergewöhnliches, unvorhergesehenes Ereignis eintritt, so kann dies gleichwohl nicht zu Lasten des Verkäufers gerechnet werden, weil dieser, wenn er auf Grund des ihm zustehenden Rechtes die Möglichkeit der Realisierung gewährte, damit seiner Verpflichtung genügt hatte und demgemäß unabhängig von allen weiteren Geschehnissen den Kaufpreis fordern kann. Anwendung finden aber muß § 323 in allen den Fällen, in denen durch den Zufall Rechtslagen geschaffen werden, die dem Verkäufer die Möglichkeit vollständiger Erfüllung nehmen, insbesondere die Ausführung der ihm vertragsmäßig etwa obliegenden Tätigkeit vereiteln. Danach würde z. B. der Verkäufer

[1]) vgl. Planck § 446 Ziff. 2a.

seinen Anspruch auf die Gegenleistung verlieren, wenn im Falle des Kaufs von Missilien die Festlichkeit, anläßlich deren die Verteilung von Geschenken stattfinden sollte, nach dem Vertragsschlusse abgesagt wird oder der Lotterieunternehmer die Gewinnziehung wegen feindlicher Invasion nicht unter den erforderlichen Garantieen vornehmen kann. Die Vornahme des Fischzugs usw. bildet einen integrierenden Bestandteil der Leistung des Hoffnungsverkäufers, der zwar wegen seiner Einheitlichkeit mit den übrigen kaufrechtlichen Verpflichtungen nicht die Annahme eines besonderen Arbeitsverhältnisses rechtfertigt, der aber auch gerade wegen dieser Zusammengehörigkeit nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß damit zugleich die Erfüllung der geschuldeten Leistung entfiele. Im Falle teilweiser Unmöglichkeit muß eine entsprechende Minderung des Kaufpreises eintreten (§ 323 Abs. 1 Halbsatz 2). War die Gegenleistung bereits bewirkt, so kann das Geleistete ganz bezw. teilweise nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden (§ 323 Abs. 3).

Hiermit sind wir im wesentlichen zu demselben Resultate gelangt wie für das römische Recht trotz der prinzipiellen Verschiedenheit beider Rechtssysteme in der Gefahrtragungsfrage bei dem einfachen Kaufe. Nur der Weg, auf dem wir zu demselben Ziele gelangten, war ein verschiedener. Während wir im römischen Rechte nur logische Schlüsse und sinngemäß ähnliche Vorschriften zur Rechtfertigung unserer Ansicht anführen konnten,[2]) bot für das heutige Recht uns das Gesetz selbst die Mittel, einer auch im Interesse der Billigkeit erstrebenswerten Modifikation die erforderliche Begründung zu geben.

Es bleibt nunmehr noch der Gefahrübergang bezüglich des etwaigen Gewinns zu untersuchen. Für das römische Recht ließ sich unbedenklich der allgemeine Grundsatz darauf anwenden; das Resultat entspricht auch dem Rechtsbewußtsein. Sollte nun jenem Satze korrespondierend nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Käufer erst von der Übergabe an die Gefahr tragen? Dies wäre im höchsten Grade bedenklich; das Gesetz zwingt aber auch nicht zu dieser Annahme, denn § 446 spricht von der Übergabe der verkauften Sache, Kaufobjekt bei der emtio spei ist aber nicht der Gewinn, sondern die Gewinnchance. Man wird vielmehr auf Grund des ganzen Wesens des Hoffnungskaufs sagen können, daß der etwaige Ertrag von der Entstehung an auf Gefahr des Käufers steht.

---

[2]) Oben S. 18, 19.

2. Kapitel.

Die Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers.

§ 22.

Die Verpflichtungen des Verkäufers.

Die allgemeinen Pflichten des Verkäufers regelt das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich nur mit Bezug auf Sachen und Rechte: Der Verkäufer einer Sache ist zur Übergabe und zur Verschaffung des Eigentums, der Verkäufer eines Rechts zur unbeschränkten Gewährung des Rechts verpflichtet (§ 433). Bei anderen Objekten wird die Verpflichtung des Verkäufers eine entsprechende Gestaltung aufweisen.

Wozu der Chancenverkäufer im einzelnen Falle verbunden ist, wird je nach den Tatumständen verschieden sein, allgemein läßt sich nur sagen, daß hier von einer Rechtsverschaffung keine Rede sein kann, er vielmehr nur „zur faktischen Realisierung“[1]) verpflichtet ist. Um dieser Verbindlichkeit nachkommen zu können, muß der Verkäufer zur Gewährung der Gewinsthoffnung subjektiv fähig sein.[2]) Im übrigen kann seine Leistungspflicht mannigfachen Inhalts sein, so hat er z. B. bereits erfüllt, wenn er die Aussicht auf eine Obsternte dergestalt verkauft, daß er dem Käufer die Aneignung der Früchte gestattet, in anderen Fällen kann er zur Vornahme einer positiven Handlung verpflichtet sein. Die Folgen der Nichterfüllung dieser Obliegenheiten bestimmen sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Ist die Möglichkeit einer Gewinnerzielung von vornherein ausgeschlossen, so ist der Vertrag wegen ursprünglicher objektiver Unmöglichkeit nichtig (§ 306), wie z. B. der Kauf eines Lotterieloses nach stattgehabter Ziehung;[3]) die Chance war im Augenblicke des Vertragsschlusses nicht mehr vorhanden und das Los entweder überhaupt ohne Wert, oder es war mit einem Gewinne gezogen und gewährte jetzt ein Forderungsrecht auf den betreffenden Betrag. War es beiden Parteien unbekannt, daß sie über eine unmögliche Leistung kontrahierten, so ist das Geschäft nichtig, ohne irgend welche Rechtsfolgen zu erzeugen, war die Entscheidung über die ‚alea‘, z. B. die Ziehung, beiden Teilen der Tatsache, nicht aber dem Resultate nach bekannt, so liegt

---

[1]) Oertmann § 433 Ziff. 2c.

[2]) „Der Verkäufer kann hier nur dafür einstehen, daß die Realisierung der Aussicht ihm nach dem Umfange des Versprechens zusteht“, Matthiaß Bd. 1 S. 487.

[3]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 1 S. 172; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 1179 Note 10; Seuffert, Entscheidungen Bd. 48 S. 403.

eine gültige emtio spei vor,[4]) da die Parteien nun vertragsmäßig das Wagnis hierauf erstreckten. Kannten dagegen die Kontrahenten auch bereits das Ergebnis der Entscheidung, so kann unter Umständen im Falle eines Mißerfolges Schenkung, im Falle einer Gewinnerzielung gewöhnlicher Sachenkauf (bei einem Loskaufe Forderungskauf)[5]) angenommen werden. Wenn nur eine Partei wußte oder wissen mußte, daß die Chance zur Zeit des Abschlusses nicht vorhanden war, so ist sie dem anderen Teile zum Ersatze des negativen Interesses verpflichtet, sofern nicht auch dieser dieselbe Kenntnis hatte oder haben mußte (§ 307). Die Verpflichtung zur Vergütung des Schadens, den der Gegner dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut, wird bei unserem Geschäfte meist nur auf seiten des Chancenverkäufers praktisch werden, doch ist auch der umgekehrte Fall denkbar, so z. B. wenn etwa der Verkäufer in Erwartung der demnächst abzuhaltenden Jagd diesbezügliche Aufwendungen macht. Die Höhe des vom Verkäufer zu leistenden negativen Vertragsinteresses wird natürlich nicht nach Maßgabe des möglichen, bei einem vermeintlichen Loskaufe gar des höchsten Gewinnes bestimmt, sondern ist auf den Kaufpreis und den etwaigen sonstigen Vermögensschaden festzusetzen.[6]) In gleicher Weise gilt für die emtio spei die allgemeine Regel über die ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit, wenn der Verkäufer zur Realisierung der Chance unvermögend ist. Für diesen vom Gesetze ausdrücklich nicht geregelten Fall nimmt man volle Gültigkeit des Vertrages an.[7]) Der Käufer kann die Leistung selbst einklagen und ihre Zwangsvollstreckung betreiben,[8]) die freilich nur dann Erfolg haben kann, wenn die Unmöglichkeit beseitigt wird, anderenfalls muß sich der Käufer auf den Interesseanspruch (§ 893 ZPO.) beschränken.[9])

In den römischen Quellen findet sich für den Fall, daß der Chancenverkäufer einer etwaigen Verpflichtung zur Vornahme einer bestimmten Handlung zwecks Realisierung der Gewinst-

---

[4]) vgl. Cohn in W. Endemanns Handb. d. HR. Bd. 3 S. 57; Endemann, Bürgerl. R. und Seuffert eod.

[5]) vgl. Cohn eod.

[6]) vgl. Cohn S. 56; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 1179 Note 10.

[7]) vgl. Cosack Bd. 1 S. 339 Ziff. 2; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 695; Oertmann § 306 Ziff. 1b; Planck, Vorbem. zu §§ 275—290 Ziff. 3a Abs. 2; Windscheid Bd. 2 S. 270 Ziff. 1.

[8]) vgl. z. B. Cosack und Planck eod.

[9]) A. M. teilweise Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 1 S. 142 Ziff. 2, der dem Käufer von vornherein nur einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse gibt.

hoffnung nicht nachkommt, eine spezielle Vorschrift.[10]) Auf die Frage, welche Mittel nach geltendem Rechte dem Käufer zustehen, wenn der Fischer den Fischzug, der Lotterieunternehmer die Ziehung usw. vorzunehmen sich weigern, eine von den gewöhnlichen Regeln abweichende Antwort zu geben, besteht kein Grund. Nimmt der Verkäufer die zur faktischen Realisierung der Chance erforderliche Handlung nicht vor, so kann der Käufer die Erfüllung erzwingen, ist der Verkäufer in Verzug geraten, so steht ihm ein dreifaches Wahlrecht zu: Neben den Anspruch auf Erfüllung tritt als Folge des Verzugs die Schadensersatzforderung wegen Verspätung (§ 286); die Geltendmachung dieses Anspruchs kann sofort erfolgen, die der beiden anderen Rechte — Schadensersatz gegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrage — regelmäßig erst nach erfolglosem Ablaufe einer unter Ablehnung der späteren Annahme gesetzten angemessenen Nachfrist (§ 326). Von diesen drei Rechtsbehelfen des Käufers dürfte bei der emtio spei der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung am wenigsten praktische Bedeutung gewinnen, da es für den Käufer schwierig sein wird, einen ihm durch das Verschulden des Gegners entstandenen Schaden darzutun; die römische gesetzlich vorgeschriebene Methode der Abschätzung des mutmaßlichen Gewinns, dessen Überschuß über den zur Aufrechnung zu bringenden Kaufpreis hinaus die Höhe des Schadens darstellen würde, erscheint nicht anwendbar. Möglich wäre eine Ausmittelung des Verlustes am ehesten noch dann, wenn der Käufer einen Deckungskauf unter den gleichen Modalitäten abschließt; muß er dem zweiten Verkäufer einen höheren Preis zahlen als im ersten Falle vereinbart war, so könnte er die Zurückerstattung des Mehraufwandes als Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Was die beiden anderen Rechtsbehelfe, nachträgliche Erfüllung samt Schadensersatz wegen Verspätung sowie Rücktritt, anbetrifft, so kann der Käufer im Falle der Wahl des ersteren allerdings auf Vornahme der Handlung klagen und nach Erwirkung eines günstigen Urteils gemäß den Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen (§§ 887 ff.) Befriedigung suchen.[11]) Es wird also der Gläubiger auf seinen Antrag von dem Prozeß-

[10]) Oben S. 21 zu Note 11.

[11]) Diese Bestimmungen sollen gerade verhindern, daß der Schuldner „durch Unterlassen der Erfüllung . . . den Gläubiger auf die Forderung des Interesse beschränke, welche wegen . . . der Unschätzbarkeit des Gegenstandes vielleicht ganz illusorisch ist", Begründung des Entwurfs (Hahn, Die gesamten Materialien zur ZPO. S. 465).

gericht ermächtigt werden, die betr. Handlung selbst[12]) vorzunehmen oder durch einen Dritten — es dürften wohl meist vertretbare Handlungen im Sinne des § 887 ZPO. in Frage stehen — auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen. Allein auch diesen Weg einzuschlagen wird der Käufer nicht selten kaum gut tun angesichts der Erwägung, wie wenig es seinem eigenen Vorteile entsprechen würde, wenn der Chancenverkäufer, der sich in solchem Falle gewöhnlich dem Zwange beugen wird, die vielfach nicht genau zu kontrollierende, mehr von Treu und Glauben und sittlichem Anstandsgefühle im einzelnen bestimmte Tätigkeit unter diesem Drucke vornähme. Es bleibt somit dem Käufer, wenn sein Vertragsgenosse mit der Vornahme der ihm zur Realisierung der Chance obliegenden Handlung in Verzug gerät, als in allen Fällen praktisch brauchbares Mittel nur das Rücktrittsrecht vom ganzen Kaufgeschäfte; wählt er diesen Weg, so ist ihm der etwa bereits berichtigte Kaufpreis zurückzugewähren. (§ 327 Satz 1, § 346 Satz 1).

Von den Umständen, welche modifizierend auf die Verpflichtungen des Verkäufers einwirken, ist endlich noch die Unmöglichkeit seiner Leistung zu erwähnen. Die Fälle der ursprünglichen sowie die der nachträglichen unverschuldeten Unmöglichkeit[13]) sind bereits besprochen (oben S. 40 ff., 37 ff.), hier ist nur noch auf die nachfolgende von einem Teile zu vertretende Unmöglichkeit[13]) einzugehen. Hat der Verkäufer eine Gewinnerzielung durch Verschulden unmöglich gemacht, so kann der Käufer einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, insbesondere aber das Rücktrittsrecht geltend machen; statt dieser hat er auch alle Rechte, die das Gesetz bei zufälliger nachfolgender Unmöglichkeit gewährt: Er braucht die Gegenleistung nicht zu machen und kann sie, falls er bereits erfüllt hat, zurückfordern, macht er von seinem Surrogationsanspruch Gebrauch, so bleibt er zur vollen oder entsprechend geminderten Gegenleistung verpflichtet (§ 325). Trifft den Hoffnungskäufer die Verantwortung für die Unrealisierbarkeit der Gewinnchance, so wird der Verkäufer von seiner Leistungspflicht frei und behält den Anspruch auf den Kaufpreis, jedoch abzüglich dessen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (§ 324).

---

[12]) vgl. Entsch. d. RG. in Zivils. 18 Bd. S. 435.

[13]) Der das Unvermögen gleichsteht, da das Gesetz den Unterschied in der Behandlung der nachfolgenden Unmöglichkeit nur auf das Verschulden abstellt, vgl. z. B. Oertmann § 323 Ziff. 4.

Bezüglich des gewonnenen Guts gilt nach heutigem Rechte alles hierüber für das römische Recht Gesagte.[14]) auch die prozessualen Regeln über die Erzwingung seiner Herausgabe sind nach richtiger Ansicht dieselben.[15])

§ 23.

Die Verpflichtungen des Käufers.

Als die beiden Hauptverbindlichkeiten, welche für den Käufer aus dem Vertrage entstehen, nennt das Bürgerliche Gesetzbuch die Preiszahlung und die Abnahme des Objekts (§ 433 Abs. 2). Die erstere entspricht dem römischen Rechte, und für sie ergeben sich bei der emtio spei nach beiden Rechtssystemen ähnliche Resultate, insbesondere, daß nach dem Grundsatz oder Zug um Zug-Leistung der Chancenkäufer zur Preiszahlung erst gegen Übergabe des gewonnenen Guts, ist solches aber ausgeblieben, mit dem Zeitpunkte verpflichtet ist, in dem die Ergebnislosigkeit feststeht.[1]) Gerät der Käufer mit der Berichtigung der Kaufschuld in Verzug, so hat der Gegner das dreifache Wahlrecht der §§ 286 und 326. Diese Ansprüche haben je nach den Tatumständen verschiedene praktische Bedeutung. Hat z. B. die Gewinnaussicht sich realisiert, so wird der Verkäufer von den ihm zustehenden Rechten im eigenen Interesse nachträgliche Zahlung des Kaufpreises nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder den in diesem Falle in der Regel praktisch damit zusammenfallenden Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen, wenn der Wert des Gewinnes geringer ist als der Kaufpreis. Alsdann bleibt er zur Erfüllung verpflichtet.[2]) Dagegen wird der Verkäufer unter der ihm günstigen Voraussetzung, daß der Kaufpreis den Wert des gewonnenen Guts nicht erreicht, vom Vertrage zurücktreten. Ist jedoch das Glück dem Käufer abhold gewesen, so wird von einem Rücktritte des Verkäufers keine Rede sein, da die Folgen, welche die Geltendmachung dieses Rechtsbehelfs im Falle eines reichen Gewinnes vorteilhaft erscheinen ließen, unter diesen Umständen ausbleiben.

---

[14]) Oben S. 21 ff.

[15]) Oben S. 22 Note 16.

[1]) Durch Parteivereinbarung kann natürlich die Zahlung an einen anderen Zeitpunkt geknüpft werden, so z. B. hat der Hoffnungskäufer, der ein Lotterielos ersteht, gewöhnlich sofort zu leisten.

[2]) So hinsichtlich des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung die herrschende Meinung, sog. Austausch- oder Surrogationstheorie; vgl. Oertmann, § 325 Ziff. 1 b Abs. 2, wo auch die einschlägige Literatur angegeben ist; a. M. die Anhänger der sogen. Differenztheorie, z. B. Cosack Bd. 1 S. 451 Ziff. 1 b.

Daß der Käufer den Preis, falls er nicht gestundet ist, von einem bestimmten Zeitpunkte an verzinsen muß, ist eine dem Bürgerlichen Gesetzbuche mit dem römischen Rechte gemeinsame Vorschrift. Die Abweichung, daß letzteres die Übergabe, ersteres den Übergang der Nutzungsbefugnis als maßgebenden Zeitpunkt bestimmt (§ 452), gewinnt für den Regelfall keine Bedeutung, da das Recht auf die Nutzungen an die Übergabe geknüpft ist (§ 446 Abs. 1 Satz 2). Die wichtige Folge der Kaufpreisberichtigung auf den Eigentumsübergang nach römischem Rechte kennt dagegen unser Gesetz nicht.

Neben die Verbindlichkeit zur Preiszahlung tritt noch die Pflicht des Käufers, dem anderen Teile gewisse Verwendungen auf den Kaufgegenstand zu ersetzen. Der Umfang der Erstattungspflicht hat im Bürgerlichen Gesetzbuch eine von dem römischen Rechte abweichende Bestimmung gefunden. Während nämlich jenes dem Käufer den Ersatz der Verwendungen auferlegt, wenn sie notwendig oder im Interesse des anderen Vertragsteils waren,[3]) gibt das geltende Recht grundsätzlich nur einen Erstattungsanspruch nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, doch sollen die Regeln des Auftrags Anwendung finden, wenn die Verwendungen nach dem Gefahrübergange, jedoch vor der Übergabe notwendig geworden sind (§ 450). Für diese letztere Bestimmung bietet gerade die emtio spei ein treffendes Beispiel, da der Käufer bezüglich des etwaigen Gewinns sofort mit dessen Entstehung die Gefahr trägt. Werden also Verwendungen auf den Ertrag notwendig, läßt z. B. der Fischer, der einen Heringsfang verkauft hat, den der Käufer vereinbarungsgemäß erst am nächsten Tage abnehmen soll, wegen plötzlich eintretender Hitze die Heringe salzen und verpacken, um sie vor Verderb zu schützen, so kann er Ersatz der Kosten verlangen wie ein Beauftragter.

Eine letzte Pflicht des Käufers endlich, die zweite der ihm obliegenden Hauptverbindlichkeiten, ist die Abnahme des Kaufobjekts.[4]) Von einer Abnahme, d. h. einer körperlichen Inempfangnahme läßt sich bei dem Hoffnungskaufe erst sprechen, wenn eine Sache tatsächlich in die Erscheinung getreten, also ein Erwerb gemacht ist; dann aber finden unbeschränkt die allgemeinen Regeln Anwendung. Was Zeit und Ort der Abnahme

---

[3]) vgl. oben S. 25 zu Note 6.

[4]) Dem römischen Recht ist eine generelle Abnahmepflicht fremd, vgl. z. B. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 267 Note 9; Windscheid Bd. 2 S. 614 Ziff. 2; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 30 S. 119; a. M. Bechmann Teil 3 S. 158, ohne jedoch, wie er selbst zugibt, eine unzweifelhafte Quellenstelle für sich anführen zu können.

anbelangt, so hat der Käufer das gewonnene Gut grundsätzlich sofort vom Verkäufer abzuholen, doch kann sich nach Lage des einzelnen Falls eine einstweilige Aufbewahrungspflicht ergeben, so wird z. B. der Fischer die nachts gefangenen Krebse vorläufig in seine Obhut nehmen müssen. Solches entspricht dem bonae fidei-Charakter des Kaufs (§ 242), und ein Außerachtlassen dieser Sorgfalt würde schadensersatzpflichtig machen. Nimmt der Käufer nicht ab, so kann der andere Teil darauf klagen und sein Recht durch Zwangsvollstreckung (§ 887 ZPO.) verwirklichen,[5]) was auch für die emtio spei wichtige Bedeutung haben kann, z. B. beim Verkaufe lebend zu fangender Tiere, deren Aufbewahrung und Pflege mühevoll und lästig ist. Gerät der Käufer mit der Abnahme in Verzug, so stehen dem Gegner nicht nur die Rechte aus dem Annahmeverzuge zu Gebote,[6]) sondern er hat außerdem auch die aus dem Leistungsverzuge[7]) entspringenden und demgemäß das bereits erwähnte dreifache Wahlrecht. Ob der Verkäufer die Rechte aus dem Annahme- oder die aus dem Leistungsverzuge geltend machen will, steht in seiner Wahl, hinsichtlich der ersteren ist insbesondere hervorzuheben, daß sie den erfolglosen Ablauf einer billigen Nachfrist nicht zur Voraussetzung haben.

3. Kapitel.

§ 24.

Ausschluß der Haftung des Verkäufers für Entwehrung und für Mängel der gewonnenen Dinge.

Waren schon die Rechtsfolgen der emtio spei wegen der — von den wenigen, allerdings fundamentalen Neuerungen des Bürgerlichen Gesetzbuches abgesehen — im allgemeinen übereinstimmenden kaufrechtlichen Gesetzesvorschriften des römischen und heutigen Rechts im wesentlichen die nämlichen, so müssen sie es, da beide Systeme von demselben Begriffe ausgehen, not-

---

[5]) vgl. z. B. Cosack Bd. 1 S. 454 Ziff. 6 Abs. 1; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 939.

[6]) Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen (§ 304), Hinterlegung (§ 372, z. B. kostbarer Perlen bei der emtio spei über einen Perlenfischereivertrag), Selbsthilfeverkauf der zur Hinterlegung nicht geeigneten Sachen (§ 383), endlich Eintritt einer beschränkteren Haftung (§ 300).

[7]) Daß nach dem BGB. Verzug in der Abnahme einen Schuldnerverzug darstellt, ist nach der Fassung des § 433 Abs. 2 kaum zweifelhaft und gilt auch als herrschende Meinung; vgl. z. B. Cosack Bd. 1 S. 454 Ziff. 6 Abs. 3; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 938 Note 24; Matthiaß Bd. 1 S. 513 Ziff. 2; Planck § 433 Ziff. 7; a. M. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 S. 35.

wendig dort sein, wo die Rechtsfolgen nicht positiven Normen entspringen, sondern aus dem Wesen der juristischen wie wirtschaftlichen Natur der emtio spei hervorgehen. Als solche aus der Eigenart unseres Vertrages sich ergebenden Charakteristika begegneten uns im römischen Rechte u. a. der Wegfall der Eviktions- und Mängelhaftung des Verkäufers und der Ausschluß der Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte. Hiervon ist das zuletzt erwähnte Recht dem Bürgerlichen Gesetzbuch überhaupt fremd, die beiden anderen Modifikationen gelten unverändert auch heute von dem Hoffnungskaufe. Zur Erklärung dieser scheinbaren Anomalien weiteres zu sprechen ist nicht nötig, da alles oben (§§ 14, 15) Gesagte auch hier gilt. Daß der Verkäufer für Entwehrung der gewonnenen Dinge nicht einzustehen braucht, ergibt auch die Erwägung, daß er „weder gleich bestimmte Sachen, noch Bestimmung derselben ... versprochen, auch eine Quantität nicht zugesichert hat, also überhaupt nicht Waren, sondern nur das Recht, sich solcher zu bemächtigen verkauft, mithin den Handel erfüllt hat, sobald er tut, wozu er sich anheischig gemacht, um dem Käufer diese Bemächtigung möglich zu machen".[1]) Daß er demnach nicht für Mängel haften kann, erscheint noch selbstverständlicher.[2])

4. Abschnitt.

§ 25.

Verhältnis der emtio spei zum Spiel.

Der Begriff „gewagte Geschäfte" umfaßt solche Verträge, bei denen das Walten des der menschlichen Beeinflussung sich entziehenden und vom menschlichen Wissen nicht zu erfassenden Zufalls Verlust und Gewinn der Parteien bestimmt. Weil er wohl als zusammenfassende Bezeichnung, nicht aber als juristisches Charakteristikum, dem einheitliche Rechtsregeln immanent sind, angesehen werden darf, hat unser Gesetz diesen vagen Ausdruck nicht aufgenommen.

Zur Kategorie der gewagten Verträge pflegt man Spiel und Wette, Versicherung, Lotterie, Seedarlehen, emtio rei speratae, als Prototyp aber die emtio spei zu rechnen.[1]) Unzweifelhaft haben alle diese Geschäfte etwas Gemeinschaftliches, alle tragen den Stempel des Wagnisses, der jeder Bestimmtheit un-

[1]) Treitschke S. 17.
[2]) vgl. Matthiaß Bd. 1 S. 487.
[1]) vgl. Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 1171 Note 1; Elster Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 38.

fähigen Ungewißheit an sich, und doch ist das aleatorische Moment im einzelnen so verschieden, daß man heute von der Notwendigkeit einer rechtlichen Scheidung dieser Geschäfte allgemein überzeugt ist.

Im folgenden soll nun kurz untersucht werden, in welchem Verhältnisse die emtio spei und der Spielvertrag — die von den gewagten Geschäften entschieden die meisten Berührungspunkte haben — zueinander stehen, ob der ‚Hoffnungskauf' gegebenenfalls nicht Spiel sein kann und welches Kriterium sich im allgemeinen aufstellen läßt.

Hoffnungskauf wie Spiel bezwecken beide Vermögensverschiebungen, bei beiden bestimmen des Zufalls launische Wechselfälle, wem Gewinn, wem Verlust zufällt. Und doch verbinden wir mit dem Worte Spiel etwas dem sonstigen rechtsgeschäftlichen Verkehr Fremdes, dem Spielvertrage seinen spezifischen Gehalt Verleihendes: „Den mangelnden wirtschaftlichen Ernst."[2]) Die emtio spei ist ein Kauf, d. h. ein Umsatzvertrag über Ware und Preis. Einen Umsatz wird man aber dort nicht mehr annehmen können, wo der Einfluß der ‚alea' auf die Leistungen der Kontrahenten ein derartiger ist, daß die dem Käufer gewährte Chance in Wahrheit nicht mehr als Gegenwert für den Kaufpreis erscheint. „Wenn das aleatorische Moment bei der emtio spei derart überwiegt, daß jede Schätzung, Berechnung, Erfahrung usw. versagt, dann ist kein Kauf, sondern ein Spielvertrag geschlossen."[3]) Wir werden also unter Berücksichtigung sowohl des objektiven (Elster) als des subjektiven (Endemann) Merkmals sagen können: Wenn bei einem ‚Hoffnungskaufe' das aleatorische Moment in dem Maße überwiegt, daß jede Schätzung und Berechnung versagt und wegen des zutage tretenden mangelnden Wirtschaftsernstes ein des Rechtsschutzes würdiges Interesse nicht abgesehen werden kann, liegt kein Kauf-, sondern ein Spielgeschäft vor. Auf die Bezeichnung des Vertrages durch die Parteien kommt es nicht an. Wenn z. B. eine ‚emtio spei' über den Fischfang eines Sees eingegangen wird, den keiner der Vertragschließenden auf seinen Fischgehalt hin kennt, so liegt in Wahrheit Spiel vor. Auch der Fall,[4]) daß jemand einen fortgeflogenen Papagei für 10 Mk.

---

[2]) „Spiel ist der Gegensatz zu jener Arbeit, die die Grundlage der Lebens- und Wirtschaftsexistenz bildet, die Pflichterfüllung, Tätigwerden ist in zielbewußter Zweckerfüllung zur mehr oder minder gezwungenen Befriedigung der notwendigen oder als notwendig vermuteten Lebens- und Wirtschaftsbedürfnisse." Elster S. 43.

[3]) Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 932 Note 16.

[4]) Angeführt bei Cosack Bd. 1 S. 407 Ziff. 3 Nr. 2.

kauft, ohne Gewähr seitens des Verkäufers dafür, daß der Vogel noch lebt, gesund ist, wiedergefunden werden kann, dürfte regelmäßig, sofern nicht besondere Umstände entgegenstehen als Spielvertrag anzusprechen sein.[5]) Es ist also zunächst immer zu prüfen, ob Verträge, die unter dem Namen der emtio spei erscheinen, auch Zweck und Inhalt derselben aufweisen, fehlt ihnen letzteres, so haben wir es möglicherweise mit einem Spiele zu tun. Die praktische Bedeutung der Untersuchung ist wichtig genug: Ergibt sie ein negatives Resultat, so sinkt das Geschäft auf die Stufe der unvollkommenen Schuldverhältnisse herab, es fehlt ihnen die „Einforderbarkeit".[6])

5. Abschnitt.

Beispiele für die emtio spei im heutigen Verkehrsleben.

§ 26.

Im Allgemeinen.

Zu der Frage, in welcher Gestalt Hoffnungskaufverträge im heutigen Verkehrsleben vorzugsweise erscheinen können und auch tatsächlich erscheinen, läßt sich zunächst antworten, daß natür-

---

[5]) Daß in der Form der emtio spei bisweilen ein Spielvertrag geschlossen wird, spricht ausdrücklich auch Cosack aus (Bd. 1 S. 571 Ziff. 3 Abs. 2); wenn dieser jedoch meint, daß das Spiel „in einem Gegensatze zu anderen Verträgen nicht stehe, vielmehr ein Geschäft gleichzeitig Spiel und Kauf usw. sein könne, . . . demnach auch der Hoffnungskauf nicht selten zugleich ein Spiel sein werde", und demgemäß in solchen Fällen die Regeln des Spiel- und Kaufrechts zusammen zur Anwendung bringen will, so dürfte dies m. E. nicht zutreffen. Denn ein Rechtsgeschäft kann nicht gleichzeitig zwei verschiedenen Vertragstypen zugehören, sondern ist entsprechend seinem vorwiegenden rechtlichen Charakter aus dem einen oder dem anderen Gesichtspunkte zu beurteilen. Erscheint das als ‚Hoffnungskauf' bezeichnete Geschäft als eine Spielart des Spiels, so entfällt damit die Kaufnatur. Das von Cosack (Bd. 1 S. 571 Ziff. 3 Abs. 2) angeführte Beispiel dürfte ein reines Spielgeschäft sein.

[6]) Crome Bd. 2 S. 15. Die sich im Anschlusse hieran aufdrängende Frage, ob die Abgrenzung von emtio spei und Spiel nicht auch schon für das römische Recht bedeutsam ist, möchte ich im verneinenden Sinne beantworten; „wenn in Gestalt eines Kaufs gespielt wird . . ., so ist möglicherweise nichts gekauft, und doch wird ein Kauf angenommen". (Brinz, angeführt bei Hofmann S. 108 Note 14.) Die Verwertung des wirtschaftlichen Inhalts eines Rechtsgeschäfts für seine juristische Kennzeichnung ist erst eine Errungenschaft der modernen Rechtswissenschaft.

lich alle in den römischen Quellen genannten Beispiele auch heute praktisch werden können, obwohl sie immerhin nicht zu den gewöhnlichen Erscheinungsformen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs gehören werden. Auch der Kauf einer angefallenen Erbschaft kann als Hoffnungskauf abgeschlossen werden, wenn nämlich das Vorhandensein reeller Werte in dem Nachlasse zweifelhaft ist und der Käufer vereinbarungsgemäß das Wagnis übernimmt.[1]) Dagegen ist ein Vertrag überhaupt, also auch eine emtio spei über erst erhoffte Erbschaften nichtig, einerlei, ob der Vertrag den Nachlaß einer bestimmten oder einer unbestimmten Person betrifft, z. B. ein Auswanderer alles verkauft, was ihm künftig in seiner alten Heimat durch Erbgang anfallen wird (§ 312 Abs. 1).[2])

Der Verkehr erkennt als kauffähig einige dem modernen Wirtschaftsleben eigene Güter an, die in der heutigen Literatur nicht selten mit dem Ausdrucke „Gewinnchancen" bezeichnet werden.[3]) In diesem Sinne rechnet man hierzu z. B. Geschäftsgeheimnisse, Kundschaft, nicht patentierte Erfindungen, ärztliche Praxis usw.[4]) Objekt des Hoffnungskaufs ist, wie wir sahen, ebenfalls die ‚Gewinnchance'. Fallen nun jene Kauf- oder kaufähnlichen Geschäfte auch unter die emtio spei? Die Ausdrucksweise ließe darauf schließen. Vergleichen wir jene ‚Nichtrechte' mit der ‚alea' (in dem für die emtio spei geltenden Sinne), so finden wir bald, daß sie zwar die äußere Hülle, nicht aber den Kern gemeinsam haben. Im ersteren Falle handelt es sich um „faktische wirtschaftliche Vorteile",[5]) bei der emtio spei hingegen um ein Objekt, das ein Recht auf eine künftige Sache gewähren soll. Der Kauf einer Kundschaft usw. ist ein gewöhnlicher Kauf, daß der Vertragsgegenstand möglicherweise einen wirtschaft-

---

[1]) Für das römische Recht vgl. oben S. 3.

[2]) Die aus wirtschaftlichen Bedürfnissen hinzugefügte Bestimmung, daß es ausnahmsweise künftigen gesetzlichen Erben gestattet sein soll, in gerichtlicher oder notarieller Form einen Vertrag über den gesetzlichen Erb- oder den Pflichtteil eines von ihnen zu schließen, dessen Wirksamkeit jedoch davon abhängt, daß die Vertragsparteien auch wirklich gesetzliche Erben oder Pflichtteilsberechtigte werden (vgl. Oertmann § 312 Ziff. 4; Planck § 312 Ziff. 6) läßt wegen ihrer absoluten Natur eine emtio spei in dem Sinne unzulässig erscheinen, daß die Parteien durch Vereinbarung die Gültigkeit des Vertrages von dem Eintritte der gesetzlichen Erbfolge usw. unabhängig machen könnten.

[3]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 S. 6; Matthiaß Bd. 1 S. 487.

[4]) vgl. z. B. Cosack Bd. 1 S. 397 Abs. 2 Ziff. 1 („Nichtrechte"); Crome Bd. 2 S. 406; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 1020 Ziff. 3.

[5]) Oertmann, Vorbem. § 433 Ziff. 1b.

lichen Nutzen nicht abwirft, ist nichts dem einfachen Kaufe Fremdes.[6])

§ 27.

Das Lotterie- und Auspielgeschäft und das Heuer- oder Promessengeschäft als Erscheinungsformen der emtio spei.

Neben die bisher genannten Beispiele für den Hoffnungskauf tritt, sie alle an praktischer Bedeutung weit überragend, das Lotteriegeschäft. Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, ausführlich auf die Einzelheiten dieses Vertrages einzugehen, der wie kaum ein anderer seit seinem Ursprunge verschieden aufgefaßt und der auch heute noch nicht auf eine zweifelsfreie Grundlage gestellt ist. In der jetzigen Wissenschaft stehen sich hinsichtlich der Rechtsnatur der Lotterie insbesondere zwei Meinungen gegenüber: Nach der einen ist sie als Spielvertrag anzusehen, nach der anderen handelt es sich um einen Hoffnungskauf.[1])

Übereinstimmend wird die Lotterie von allen ungefähr definiert als das Unternehmen, welches auf den Abschluß einer Reihe gleichartiger Verträge gerichtet ist, durch welche sich der Unternehmer gegen (unbedingte) Leistung des planmäßig festgestellten Einsatzes verpflichtet, eine Verlosung bestimmter Gewinne unter den Teilnehmern vorzunehmen, d. h. ein vereinbartes, vom Zufalle abhängiges Ereignis darüber entscheiden zu lassen, ob die dem Spieler gewährte Gewinnhoffnung realisiert wird. Charakteristisch ist demnach für dieses Geschäft, daß der Einsatz zu leisten ist, ohne daß ein Äquivalent von reellem Werte empfangen, dem Teilnehmer vielmehr nur eine Gewinnchance geboten wird. Bei Beginn der Untersuchung dieses Tatbestandes auf seine Rechtsnatur hin wird man unzweifelhaft geneigt sein, hier einen Spielvertrag oder wenigstens eine Abart desselben anzunehmen. Nicht deshalb, weil man dem Sprachgebrauche folgen möchte, wonach man in der Lotterie ‚spielt', denn ebenso spricht man vom ‚Kaufe' eines Lotterieloses; ein nachdrücklicheres Argument dürfte sich schon aus der Regelung

---

[6]) Übrigens sehen selbst diejenigen Schriftsteller, welche jene Güter unter der Bezeichnung „Gewinnchancen" zusammenfassen, in derartigen Geschäften keine Hoffnungskaufverträge; nur die übereinstimmende Ausdrucksweise nötigte, hier darauf einzugehen.

[1]) Lotterie ist hier stets im weiteren Sinne gebraucht; das Gesagte bezieht sich also nicht nur auf Geldverlosungen (sogen. Lotterie im engeren Sinne), sondern auch auf die Verlosung individuell bezeichneter Sachen (sogen. Ausspielungen).

dieser Materie im BGB. herleiten lassen und zu der Behauptung führen, daß das Gesetz sich auf die Seite derer stelle, die einen Spielvertrag annehmen wollen. Das BGB. erklärt nämlich, falls die Lotterie der staatlichen Genehmigung ermangelt, die Vorschriften über Spiel und Wette auch auf sie in gleicher Weise anwendbar (§ 763). In der Tat wird diese Verweisung als Belegstelle für die Konstruktion der Lotterie als Spiel angeführt.[2]) Gegen diesen Schluß ist zunächst einzuwenden, daß aus der Vorschrift des § 763, die lediglich die Wirkung des Lotterievertrages betrifft, nicht auch die Behauptung hergeleitet werden muß, das das Gesetz damit zugleich die begriffliche Identität beider Rechtsgeschäfte hat aussprechen wollen. Was auf Grund positiver Gesetzesbestimmung denselben rechtlichen Effekt hat, braucht nicht notwendig den Voraussetzungen nach genau dasselbe zu sein. M. E. wollte das Bürgerliche Gesetzbuch in der fraglichen Stelle nicht eine Konstruktionsvorschrift, sondern eine Anordnung mehr polizeilicher Natur geben. Die Lotterie als Spielvertrag anzusehen, hindert der begriffliche Unterschied beider Geschäfte. Bei dem Spiele nämlich „versprechen sich die Parteien gegenseitig Vermögensleistungen unter entgegengesetzten Bedingungen; welche dieser Bedingungen erfüllt werden wird, ist ungewiß: keine Partei weiß also, ob sie aus dem Vertrage etwas zu empfangen oder etwas zu leisten haben, ob sie gewinnen oder verlieren wird".[3]) Hierunter auch den Lotterievertrag zu bringen, ist schlechthin unmöglich, weil der Unternehmer stets bedingt zur Leistung des Spielgewinnes, der Teilnehmer jedoch unstreitig zur Entrichtung des Einsatzes unbedingt verpflichtet ist.

Nach Abweisung der Theorie des Spielvertrages werden wir kein Bedenken tragen, den Lotterievertrag als Hoffnungskauf anzusprechen, dessen sämtliche Begriffsmerkmale sich darbieten: Käufer ist der Teilnehmer, Verkäufer der Unternehmer, den Preis finden wir im Einsatze, das Kaufobjekt in der Gewinnchance, die der Spieler durch den Loskauf erwirbt.[4])

Als eine dem Hoffnungskaufe eigene Sonderheit ergab sich

---

[2]) Z. B. von Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 1177 Note 2.

[3]) Cosack Bd. 1 S. 570 Abs. 1 Note a. Der springende Punkt, auf den es uns hier ankommt, ist, daß die Verpflichtung beider Kontrahenten eine bedingte ist, vgl. dazu auch Cohn S. 46 und Planck, Vorbem. § 762 Ziff. 1 Abs. 3.

[4]) Für dieselbe Ansicht vgl. z. B. Brunabend, Beitrag zur Lotterie S. 16; Cohn S. 47; Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 436; Gareis, HR. S. 732; Matthiaß Bd. 1 S. 639; v. Vangerow Bd. 3 S. 425; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 6 S. 290 ff., Bd. 14 S. 85 ff; Seuffert, Entsch. Bd. 48 S. 403.

der Ausschluß der Haftung des Verkäufers für Eviktion der gewonnenen Dinge (oben §§ 14, 24). Daß der Lotterieunternehmer diese Vergünstigung nicht für sich in Anspruch nehmen kann, darüber sind die Anhänger beider Richtungen einig.[5]) Diese scheinbare Anomalie erklärt sich einfach aus dem Umstande, daß bei der Lotterie nicht wie bei der emtio spei in ihren sonstigen Anwendungsfällen die tatsächlichen Verhältnisse den Wegfall der Eviktionshaftung bedingen. Die Gesamtsumme der zur Verlosung kommenden Gewinne ist eine von vornherein fest bestimmte, eine real vorhandene Größe, und es ist kein Grund vorhanden, den Verkäufer hier nicht wie bei jedem einfachen Kaufe für Entwehrung haften zu lassen. Der Ausfall dieser Verbindlichkeit des Verkäufers beschränkt sich „auf einen solchen Hoffnungskauf, da der Verkäufer das verspricht, was für ihn selbst noch zufällig ist".[6]) Daß die Klagbarkeit staatlicher oder doch staatlich genehmigter, die fehlende Einforderbarkeit der weder genehmigten noch verbotenen Lotterieen keine Beweisgründe für die Rechtsnatur des Geschäfts abgeben, ist allgemein anerkannt;[7]) „es liegt auf der Hand, daß hier staatspolizeiliche Maximen sich über rein juristische Erwägungen hinweggesetzt haben".[8])

In neuerer Zeit wird unter dem Einflusse der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Rechtsfolgen der Lotterie (§ 763) vielfach die Ansicht vertreten, daß das Lotterieunternehmen im ganzen als Spiel- oder spielähnlicher Vertrag, der Kauf eines Lotterieloses aber als Hoffnungskauf aufzufassen sei.[9]) Es ist nicht abzusehen, welche Bedeutung und welche Begründung es haben sollte, dem einzelnen Lotteriegeschäfte den Charakter der emtio spei, daneben aber noch dem Gesamtunternehmen, das sich aus den einzelnen Verträgen zusammensetzt, die rechtliche Natur des Spiels beizulegen. Denn die dem Abschlusse der einzelneu Lotterieverträge vorausgehenden Maßnahmen bedeuten — wie Cohn S. 51 bemerkt — höchstens Offerten zu Hoffnungskäufen, in der Ziehung aber wird lediglich

---

[5]) vgl. z. B. Cohn S. 48; Endemann, Beitr. z. Geschichte d. Lotterie u. z. heutigen Lotterierechte S. 99.

[6]) Lange, Rechtstheorie v. d. Ausspielgeschäfte S. 151.

[7]) vgl. Brunabend S. 17; Cohn S. 17; Endemann, Beitr. z. Geschichte d. Lotterie S. 105.

[8]) Elster S. 45.

[9]) vgl. Crome Bd. 2 S. 835 Note 3; Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse S. 168 Note 2; auch Dernburg hat seine Ansicht dahin geändert (Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 § 175 Note 12). Über diesen Konstruktionsversuch im früheren Recht vgl. Cohn S. 50 Ziff. 2.

die Entscheidung über die Chance getroffen; für ein Vertragsverhältnis außerhalb der emtio spei bleibt somit kein Raum.

Derselbe Streit, in dem wir bezüglich der Lotterie Stellung genommen haben, besteht in ähnlicher Weise auch für das Heuer- oder Promessengeschäft. Heuergeschäft ist „der Vertrag über ein Lospapier, durch den der Verheuerer gegen einen Hoffnungspreis die Auszahlung des Gewinns oder eines Teils des Gewinns verspricht, der überhaupt oder innerhalb bestimmter Zeit auf das Los fallen werde".[10]) Je nachdem der Verheuerer ein Recht auf das Los hat oder nicht, spricht man von dem reellen oder dem unreellen Heuergeschäft. Wir werden auch hier auf Grund der Erwägung, daß der Heuerer zur Zahlung der Prämie unbedingt verpflichtet ist, zur Notwendigkeit der Ablehnung eines Spielvertrages kommen und das Geschäft in seinen beiden Arten als Hoffnungskauf ansehen.[11])

Nachwort.

Fassen wir zum Schlusse die gewonnenen Resultate kurz zusammen, so haben wir gefunden, daß die emptio spei unter den Vertragstypus Kauf fällt und Gegenstand derselben die Gewinnchance ist. Die allgemein für den Kauf geltenden Vorschriften finden zwar nicht uneingeschränkt, wohl aber in den wesentlichen Punkten regelmäßig auf den Hoffnungskauf Anwendung. Dementsprechend redet das Bürgerliche Gesetzbuch nicht von diesem Rechtsinstitut. Die Modifikationen der kaufrechtlichen Sätze in ihrer Anwendung auf die emptio spei überhaupt und die geringfügigen Verschiedenheiten der einzelnen tatsächlichen Erscheinungsformen dieses Geschäfts — z. B. Haftung des Lotterieunternehmers für die Entwehrung des Gewinnes, während der Chancenverkäufer gewöhnlich dafür nicht einzustehen braucht — ergeben sich in zwangloser Weise aus dem anomalen Kaufobjekte bezw. aus der Verschiedenheit der einzelnen Beispiele. Sämtliche Abweichungen sind jedoch derart, daß sie der Kaufnatur des Vertrags grundsächlich keinen Abbruch tun. Wenn aber die Form der emtio spei lediglich dazu dienen soll, Spiellust und Wagemut zu verdecken, so ist einem

---

[10]) O. Gierke in Holtzendorffs Enzyklopädie Bd. 1 S. 989.

[11]) Für die Auffassung des Heuergeschäfts als Spiel vgl. Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 1178 Note 9; nur das unreelle Heuergeschäft sieht als Spiel an O. Gierke in Holtzendorffs Enzyklopädie l. c.; für die hier vertretene überwiegende Meinung vgl. z. B. Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 439; Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 102 Note 96; Brunabend S. 45; Gareis S. 559.

solchen als Spiel aufzufassenden Geschäfte der rechtliche Schutz zu versagen, wohingegen wegen des typischen Fehlens jedes Spielzwecks auf seiten des Unternehmers auch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht hindert, den Lotterievertrag als Hoffnungskauf, und zwar als die häufigste Erscheinungsform desselben anzusehen. Bezüglich des Verhältnisses des römischen zum heutigen bürgerlichen Rechte in der vorliegenden Materie ergab sich, daß die wenigen Unterschiede der gewöhnlichen kaufrechtlichen Bestimmungen in beiden Systemen, wie insbesondere betreffs der Gefahrtragung und der Verschaffungspflicht, wegen des eigentümlichen Objekts in der Behandlung der emtio spei keine bedeutsamen Abweichungen zeitigen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.